

ÖSTERREICHISCHE NOTARIATS ZEITUNG

146. JAHRGANG

06
2014



MONATSSCHRIFT FÜR NOTARIAT UND VERFAHREN AUSSER STREITSACHEN

Aus dem Inhalt:

BEITRÄGE

Sebastian Wöss:

Die gründungsprivilegierte GmbH

Seite 181

Alexander Schopper und Mathias Walch:

Offene Fragen zur gründungsprivilegierten GmbH im System
der Kapitalaufbringung

Seite 186

Ludwig Bittner:

Reformvorhaben Namens- und Treuhänderrangordnung –
neuerlich reformbedürftig?

Seite 198

RECHTSPRECHUNG

Treuhänder-Rangordnungserklärungen des § 57 a Abs 1 und 4 GBG müssen
gem § 27 Abs 2 GBG das Geburtsdatum jener natürlichen Person enthalten,
zu deren Gunsten als Treuhänder die Anmerkung der Rangordnung
erfolgen soll *Hans Hoyer*

Seite 202

Ausdehnung einer Servitut auf die Erben *Christian Rabl*

Seite 206

Haftung des Rechtsanwalts für Verletzung vertraglich
übernommener Pflichten *Hans Hoyer*

Seite 211

REDAKTION: Ludwig Bittner, Hans Hoyer, Waldemar Jud, Elisabeth Lovrek, Peter G. Mayr, Christian Rabl,
Alexander Schopper, Rudolf Welser, Alexander Winkler. BEIRAT: Hans Georg Ruppe, Karl Stöger, Wolfgang Zankl.

NZ 2014/70

Offene Fragen zur gründungsprivilegierten GmbH im System der Kapitalaufbringung

Das Abgabenänderungsgesetz 2014 führte in § 10b GmbHG eine Gründungsprivilegierung ein. Der Beitrag behandelt Fragen, die sich aus dieser Neuerung ergeben.

Von Alexander Schopper und Mathias Walch

Inhaltsübersicht:

- A. Einführung einer Gründungsprivilegierung durch das AbgÄG 2014
- B. Voraussetzungen für die Inanspruchnahme der Gründungsprivilegierung
- C. Die gründungsprivilegierte Stammeinlage
 - 1. Die eingezahlte gründungsprivilegierte Stammeinlage
 - 2. Die offene gründungsprivilegierte Stammeinlage
- D. Sacheinlagen
- E. Gesellschafterrechte und Kapitalbeteiligung
- F. Ausfallhaftung nach § 83 Abs 2 und Abs 3 GmbHG
- G. Die „nicht-einforderbaren“ Stammeinlagen
 - 1. Restgröße
 - 2. Insolvenz der Gesellschaft
 - 3. Pfändung und Verpfändung
 - 4. Vorzeitige Leistung zulässig
- H. Fälligkeit der nicht-einforderbaren Stammeinlagen nach Wegfall der Gründungsprivilegierung
- I. Kapitalerhöhung
- J. Keine Einzahlung auf nicht-einforderbare Stammeinlage aus Gesellschaftsmitteln
- K. Publizität der Gründungsprivilegierung
- L. Übertragung, Teilung und Verpfändung des Geschäftsanteils
- M. Auflösung
- N. Umgründungen
- O. GmbH & Co KG
- P. Mindest-KöSt
- Q. Notargebühren
- R. GmbHs nach dem GesRÄG 2013
- S. Zusammenfassung wichtiger Ergebnisse in Thesen

A. Einführung einer Gründungsprivilegierung durch das AbgÄG 2014

Der Eingriff des GesRÄG 2013 (BGBl I 2013/109) in das GmbHG beschränkte sich auf ein „Zahlenspiel“, indem die Mindeststammkapitalziffer für alle GmbHs von € 35.000,- auf € 10.000,- herabgesetzt wurde. Das System der Kapitalaufbringung blieb im Übrigen unangetastet. Die mit der Herabsetzung des Mindeststammkapitals verbundenen dogmatischen Folgefragen für die Kapitalaufbringung in der GmbH waren überschaubar.¹ Das Abgabenänderungsgesetz 2014 (BGBl I 2014/

13 – AbgÄG 2014) führte hingegen neben der Anhebung des Mindeststammkapitals auf € 35.000,-² mit der Gründungsprivilegierung in § 10b GmbHG eine Neuerung ein, die auch inhaltlich einige völlig neue Kategorien mit sich bringt. Dieser Beitrag untersucht zahlreiche Folgefragen der Neuregelung vor dem Hintergrund des Kapitalaufbringungssystems in der GmbH, die bisher nicht behandelt oder nicht beantwortet wurden.

Aus Sicht der Gründer besteht der Vorteil der Gründungsprivilegierung vor allem darin, dass sie das Risikokapital reduziert, welches die Gesellschafter innerhalb der ersten zehn Jahre ab Gründung der Gesellschaft einsetzen müssen, um in den Genuss des Haftungsprivilegs der GmbH zu kommen (§ 61 Abs 2 GmbHG). Im Fall einer Insolvenz innerhalb der ersten zehn Jahre ab der Gründung sind für die Gründer typischerweise nur € 10.000,- und nicht € 35.000,- verloren. Der wesentliche Unterschied gegenüber der „GmbH light“ nach dem GesRÄG 2013 besteht darin, dass die gründungsprivilegierte GmbH nicht dauerhaft mit einem (faktischen)³ Mindeststammkapital in Höhe von € 10.000,- bestehen kann. Der Gesetzgeber kommt Neugründern lediglich insoweit entgegen, als diese zunächst nur € 5.000,- bar leisten und weitere € 5.000,- an einforderebaren Stammeinlagen übernehmen müssen. Sie müssen die Kapitalaufbringung jedoch später nachholen oder die Gesellschaft vor Wegfall der Gründungsprivilegierung liquidieren.

B. Voraussetzungen für die Inanspruchnahme der Gründungsprivilegierung

Möchten Gesellschaftsgründer die Gründungsprivilegierung in Anspruch nehmen, müssen sie dies gem § 10b Abs 1 GmbHG im Gesellschaftsvertrag vereinbaren. Die Gründungsprivilegierung kann nicht mittels Satzungsänderung (§ 49 GmbHG) eingeführt werden,

Chini, Gesellschaftsrechts-Änderungsgesetz 2013: ein missglücktes Reformvorhaben? SWK 2013, 847; *Warto*, GmbH-Novelle 2013 – Die Neuerungen im Überblick, wbl 2013, 361.

² Kritisch zur Anhebung des Mindeststammkapitals *Fellner*, Anhebung des Mindest-Stammkapitals einer GmbH durch abgabenrechtliche Bestimmungen, Aufsichtsrat aktuell 2014 Heft 2, 9.

³ Das Mindeststammkapital beträgt zwar € 35.000,-, einen Teil davon kann die Gesellschaft jedoch während aufrechter Gründungsprivilegierung nicht einfordern.

¹ Vgl dazu zB *Schuschnigg*, Das Gesellschaftsrechts-Änderungsgesetz 2013, Aufsichtsrat aktuell 2013 Heft 5, 17; *Reiner/Grafl*/

dh nach Eintragung der Gesellschaft im Firmenbuch steht den Gesellschaftern keine Gründungsprivilegierung mehr offen.⁴

Es empfiehlt sich eine Formulierung wie: „Die Gesellschaft nimmt die Gründungsprivilegierung nach § 10b GmbHG in Anspruch.“ Solange keine höchstgerichtliche Rsp vorliegt, ist die Aufnahme einer solchen Klausel aus kautelarjuristischer Sicht jedenfalls empfehlenswert.⁵ UE ist sie allerdings nicht unbedingt notwendig. Es reicht aus, dass sich die Gründungsprivilegierung aus anderen Anhaltspunkten im Gesellschaftsvertrag ergibt, insbesondere aus einer Regelung, wonach die Gesellschafter jeweils eine gründungsprivilegierte Stammeinlage übernehmen.⁶ § 10b Abs 1 GmbHG verfolgt den Zweck, dass bereits bestehende GmbHs die Gründungsprivilegierung nicht in Anspruch nehmen können. Ein Schutz des Rechtsverkehrs durch Aufnahme eines expliziten Hinweises in den Gesellschaftsvertrag ist wohl nicht beabsichtigt, weil sich die Gründungsprivilegierung ohnehin aus dem Firmenbuch ergibt. Diesem Zweck des § 10b Abs 1 GmbHG wird auch dadurch Genüge getan, dass sich die Inanspruchnahme der Gründungsprivilegierung zweifelsfrei aus dem Gesellschaftsvertrag ergibt.

Die Gesellschafter müssen weiters vereinbaren, wie hoch die während aufrechter Gründungsprivilegierung von jedem Gesellschafter einforderbare Stammeinlage ist (§ 10b Abs 2 GmbHG). Die gesamten übernommenen und die einforderbaren Stammeinlagen müssen sich bei den einzelnen Gesellschaftern nicht im selben Verhältnis zueinander befinden. Für die während aufrechter Gründungsprivilegierung einforderbaren Stammeinlagen hat der Gesetzgeber die – nicht treffende (dazu Pkt C.1) – Bezeichnung „gründungsprivilegierte Stammeinlage“ gewählt.

Falls der Gesellschaftsvertrag den Anforderungen des § 10b Abs 1 und Abs 2 GmbHG nicht gerecht wird, weil sich die Inanspruchnahme der Gründungsprivilegierung nicht eindeutig aus dem Gesellschaftsvertrag ergibt oder im Gesellschaftsvertrag nicht vereinbart ist, wie hoch die während aufrechter Gründungsprivilegierung einforderbaren Stammeinlagen (= gründungsprivilegierte Stammeinlagen) jedes Gesellschafters sind,⁷ hat das FBGericht dem Antragsteller im Eintragungsverfahren die Behebung des Mangels aufzutragen (Verbesserung; § 17 FBG).⁸ Wird der Mangel nicht behoben, ist das Eintragungsbegehren abzuweisen. Trägt das FBGericht die GmbH ein, obwohl die Voraussetzungen des § 10b Abs 1 GmbHG nicht erfüllt sind,

entsteht die GmbH – und zwar ohne Gründungsprivilegierung, weil die Voraussetzungen für deren Inanspruchnahme nicht erfüllt wurden. Die Eintragung der Gründungsprivilegierung gem § 5 Z 2a und Z 6 FBG ist in diesem Fall unzulässig und könnte grundsätzlich vom FBGericht amtswegig gelöscht werden (§ 10 Abs 2 FBG).⁹ Allerdings ist eine Löschung erst dann zulässig, wenn die Mindesteinzahlungserfordernisse nach § 10 Abs 1 GmbHG erfüllt sind (§ 10b Abs 5 GmbHG analog). Hat ein Gesellschafter keine gründungsprivilegierte Stammeinlage übernommen und geht daher aus dem Gesellschaftsvertrag nicht hervor, welcher Teil seiner gesamten übernommenen Stammeinlage während aufrechter Gründungsprivilegierung von ihm gefordert werden kann, müsste grds eine GmbH ohne Gründungsprivilegierung entstehen, weil eine Voraussetzung für die Inanspruchnahme der Gründungsprivilegierung nicht erfüllt wurde (§ 10b Abs 2 GmbHG). Indessen wird die Auslegung des Gesellschaftsvertrags regelmäßig ergeben, dass der betreffende Gesellschafter eine sogleich zur Gänze einforderbare Stammeinlage übernehmen sollte. Nach der – nicht besonders treffenden (dazu sogleich) – Terminologie des § 10b GmbHG entspricht das einer gründungsprivilegierten Stammeinlage iHv 100% seiner gesamten übernommenen Stammeinlage. Die Voraussetzungen des § 10b Abs 2 GmbHG sind in diesem Fall erfüllt.

C. Die gründungsprivilegierte Stammeinlage

1. Die eingezahlte gründungsprivilegierte Stammeinlage

Schwierigkeiten bereitet der Begriff der „gründungsprivilegierten Stammeinlage“. Sie ist jener Teil der Stammeinlage, der während aufrechter Gründungsprivilegierung vom jeweiligen Gesellschafter eingefordert werden kann. Der Begriff hielt erst in einem recht späten Stadium des Gesetzgebungsverfahrens Einzug in § 10b GmbHG. Nach dem Ministerialentwurf mussten abweichend von § 6a Abs 1 und § 10 Abs 1 GmbHG die bar zu leistenden Stammeinlagen insgesamt mindestens € 5.000,- betragen (Abs 2) und die Verpflichtung der Gesellschafter zu weiteren Einzahlungen auf die von ihnen übernommenen Stammeinlagen im Gesellschaftsvertrag konnten auf insgesamt mindestens € 5.000,- beschränkt werden (Abs 3). In der Regierungsvorlage wurde der Begriff der gründungsprivilegierten Stammeinlage eingeführt. Er ist nicht sehr treffend gewählt. Aus Sicht des die Stammeinlage schuldenden Gesellschafters besteht in Bezug auf die gründungsprivilegierte Stammeinlage gerade keine Privilegierung. Die Gesellschaft kann nämlich während aufrechter Gründungsprivilegierung Einzahlungen auf die gründungsprivilegierte Stammeinlage einfordern (§ 63 Abs 1

⁴ ErläutRV 24 BlgNR 25. GP 27.

⁵ So auch *Bachner*, Die gründungsprivilegierte GmbH, RdW 2014, 115 (115).

⁶ AA *Bachner*, RdW 2014, 115 (115).

⁷ Ersteres wird nach der hier vertretenen Ansicht nur ausnahmsweise der Fall sein.

⁸ Vgl dazu allgemein *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 11 Rz 6.

⁹ Vgl allgemein *Zib* in *Zib/Dellinger*, UGB § 10 FBG Rz 7 ff.

GmbHG). Die gründungsprivilegierte Stammeinlage entspricht somit funktional der Stammeinlage einer „gewöhnlichen“ GmbH.¹⁰ Hingegen ist ein Gesellschafter hinsichtlich des nicht-gründungsprivilegierten Teils der Stammeinlage privilegiert, weil dieser Teil der Stammeinlage von ihm während aufrechter Gründungsprivilegierung nicht eingefordert werden kann.

Die kleinste gründungsprivilegierte Stammeinlage beträgt nach dem unverändert gebliebenen § 6 Abs 1 letzter HS GmbHG € 70,-.¹¹ Nach dem Willen des historischen Gesetzgebers soll die Bestimmung die „Ernstlichkeit der Beteiligung“ sichern sowie nicht leistungsfähige und unerfahrene Personen von der Beteiligung abhalten.¹² Aufgrund des geringen Betrags von € 70,- wird die Vorschrift ihrem historischen Regelungsanliegen heute nicht mehr gerecht.¹³ Aus dem Zweck des § 6 Abs 1 letzter HS GmbHG folgt, dass die Bestimmung auch auf die gründungsprivilegierte Stammeinlage anwendbar ist und diese daher mindestens auf € 70,- lauten muss.¹⁴ Nach dem – mit § 6 Abs 1 letzter HS GmbHG zusammenhängenden – § 10 Abs 1 GmbHG muss auf die gründungsprivilegierte Stammeinlage mindestens ein Viertel, jedenfalls aber ein Betrag von € 70,- eingezahlt sein.¹⁵

¹⁰ Ebenso bereits *Bachner*, RdW 2014, 115 (117).

¹¹ Missverständlich *Fida/Pflug*, Die vereinfachte Gründung einer GmbH, SWK 2014, 508 (508): „Eine Mindestgröße jeder einzelnen gründungsprivilegierten Stammeinlage regelt das GmbHG nicht.“

¹² ErläutRV 236 BlgHH 17. Sess 59 und (iZm § 10 GmbHG) 61.

¹³ Zutreffend *Zollner in Gruber/Harrer*, GmbHG § 6 Rz 12; in der Stammfassung betrug die Mindeststammeinlage 500 Kronen, was heute etwa € 2.290,- entsprechen würde (*Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen des GmbH-Rechts [2005] 84 in Fn 434).

¹⁴ AA *Bachner*, RdW 2014, 115 (116), wonach die gründungsprivilegierte Stammeinlage mindestens auf € 20,- lauten muss, weil die € 70,- im selben Verhältnis wie das privilegierte Mindeststammkapital herabzusetzen seien (3,5:1); *Bachner* ist entgegenzuhalten, dass § 6 Abs 1 letzter HS GmbHG (Stammeinlage mindestens € 70,-) einen ganz anderen Zweck verfolgt als § 6 Abs 1 erster HS GmbHG (Stammkapital mindestens € 35.000,-) und daher nichts dafür spricht, den Betrag in § 6 Abs 1 letzter HS GmbHG bei der gründungsprivilegierten GmbH im selben Verhältnis wie das Mindeststammkapital herabzusetzen. Dass die Beträge in § 6 letzter HS und erster HS GmbHG nicht miteinander korrelieren, zeigt die alte Rechtslage nach dem GesRÄG 2013: Das Mindeststammkapital wurde auf € 10.000,- herabgesetzt und die Mindeststammeinlage blieb unverändert bei € 70,-.

¹⁵ *Adensamer/Kerschbaum*, Zur kleinen österreichischen GmbH-Reform im Abgabenänderungsgesetz 2014, NZG 2014, 452 (453); aA *Bachner*, RdW 2014, 115 (116): € 20; wiederum aA *Birnbaumer*, Ersteintragung einer „gründungsprivilegierten“ Gesellschaft mit beschränkter Haftung, GES 2014, 123 (125): Auf die gesamte übernommene Stammeinlage müsse mindestens ein Viertel eingezahlt werden. Würde diese Ansicht zutreffen, verlöre § 10b Abs 3 GmbHG (mindestens € 5.000,- eingezahlt) jeglichen Anwendungsbereich, vor allem wenn man mit *Birnbaumer* zutreffend davon ausgeht, dass Sacheinlagen generell unzulässig sind (vgl Pkt D). Die Summe aller eingezahlten gründungsprivilegierten Stammeinlagen müsste in diesem Fall mindestens € 8.750,- betragen (€ 35.000,- x 0,25), € 5.000,- als Mindestbetrag wäre nie zulässig (*Adensamer/Kerschbaum*,

Überflüssig ist die Klarstellung in § 10b Abs 2 Satz 1 GmbHG, wonach die gründungsprivilegierte Stammeinlage nicht höher als die jeweils übernommene Stammeinlage sein darf. Da die gründungsprivilegierte Stammeinlage Teil der gesamten jeweils übernommenen Stammeinlage ist, kann sie ohnedies nie höher sein.

2. Die offene gründungsprivilegierte Stammeinlage

Die Gesellschaft kann während aufrechter Gründungsprivilegierung lediglich die offenen gründungsprivilegierten Stammeinlagen von den Gesellschaftern nach Maßgabe des § 63 Abs 1 GmbHG einfordern.¹⁶ Insgesamt werden die offenen gründungsprivilegierten Stammeinlagen¹⁷ typischerweise in Summe € 5.000,- betragen, denn € 5.000,- sind sofort einzuzahlen und in Summe müssen die gründungsprivilegierten Stammeinlagen auf € 10.000,- lauten. Die offenen gründungsprivilegierten Stammeinlagen werden wie „gewöhnliche“ offene Stammeinlagen behandelt. Sie können von Gläubigern der Gesellschaft gepfändet werden.¹⁸ In der Insolvenz der Gesellschaft kann der Insolvenzverwalter die offenen gründungsprivilegierten Stammeinlagen einfordern.¹⁹

Leistet ein Gesellschafter eine Zahlung auf die eingeforderte gründungsprivilegierte Stammeinlage nicht rechtzeitig, kann sein Geschäftsanteil kaduziert werden (§ 66 GmbHG). Rechtsvorgänger haften für nicht geleistete Einzahlungen, die innerhalb der letzten fünf Jahre vor Erlassung der Einzahlungsaufforderung (§ 64 GmbHG) als Gesellschafter im Firmenbuch verzeichnet waren (§ 67 GmbHG). Sind keine Rechtsvorgänger vorhanden, kann die Gesellschaft den Geschäftsanteil verkaufen (§ 68 GmbHG). Übersteigt der Erlös den eingeforderten Betrag, wird er auf die gesamte Stammeinlage angerechnet (§ 68 Abs 5 GmbHG). Der kaduzierte Gesellschafter erhält also nichts, wenn der Erlös lediglich die gründungsprivilegierte Stammeinlage übersteigt. Nur wenn der Erlös größer als die gesamte übernommene Stammeinlage ist, erhält der Gesellschafter den über die Stammeinlage hinausgehenden Teil. In der Praxis dürfte der Geschäftsanteil regelmäßig unverkäuflich sein. Der Geschäftsanteil verbleibt in diesem Fall bei der Gesellschaft.²⁰ Die Mitgesellschafter müssen für

aaO 453 in Fn 18 [allerdings gehen sie von € 12.500,- statt € 8.750,- aus]. Eine Auslegung, die § 10 Abs 3 Satz 1 GmbHG sinn- und zwecklos werden lässt, ist methodisch abzulehnen (*F. Bydliński*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² [1991] 444).

¹⁶ *Adensamer/Kerschbaum*, NZG 2014, 452 (454) [gemeint wohl ebenfalls § 63 Abs 1 statt Abs 2 GmbHG].

¹⁷ Bei einer Ein-Personen-GmbH die gründungsprivilegierte Stammeinlage.

¹⁸ *Reich-Rohrwig*, GmbH alt/neu/gründungsprivilegiert, *ecolex* 2014, 295 (296); allg *Schopper in Straube*, GmbHG § 63 Rz 63.

¹⁹ *Schopper in Straube*, GmbHG § 63 Rz 33; *Baier in Gruber/Harrer*, GmbHG § 63 Rz 25; vgl dazu auch Pkt G.2.

²⁰ Im Detail strittig; siehe *Schopper in Straube*, GmbHG § 66 Rz 48 mwN.

den Fehlbetrag im Rahmen der Ausfallhaftung eintreten (§ 70 GmbHG). Sie haften nach Verhältnis ihrer gesamten übernommenen – nicht ihrer gründungsprivilegierten – Stammeinlagen. Der ausgeschlossene Gesellschafter haftet gem § 69 Abs 2 GmbHG für alle künftig eingeforderten Einzahlungen auf die gesamte übernommene Stammeinlage. Die Mitgesellschafter haften für einen allfälligen Ausfall (§ 70 GmbHG).

D. Sacheinlagen

Bei der gründungsprivilegierten GmbH sind Sacheinlagen generell unzulässig.²¹ § 10b Abs 3 Satz 2 GmbHG ist insoweit nicht eindeutig, denn die Bestimmung könnte sich aufgrund ihrer Stellung in Abs 3 lediglich auf die gründungsprivilegierte Stammeinlage beziehen. Indessen schaffen die Materialien Klarheit: „Sacheinlagen sind – wie auch bei der deutschen Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt), vgl § 5a Abs 2 dGmbHG – bei der gründungsprivilegierten Gesellschaft mit beschränkter Haftung ausgeschlossen.“²² In Deutschland sind Sacheinlagen bei der Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) unzulässig, weil eine Sachgründung komplizierter als eine Bargründung ist und es den Gründern freisteht, die Stammkapitalziffer ihren finanziellen Möglichkeiten zur Barzahlung anzupassen.²³ Ein Teil der deutschen Lehre kritisiert die Bestimmung, weil die Gründer durchaus ein Bedürfnis haben können, Sacheinlagen einzubringen, um die Kreditwürdigkeit und Seriosität der Gesellschaft durch ein höheres Stammkapital zu fördern.²⁴

In Österreich überzeugt das Verbot von Sacheinlagen noch weniger, denn die Gesellschafter einer gründungsprivilegierten GmbH können das Stammkapital nicht frei wählen, sondern es muss auf mindestens € 35.000,- lauten. Die Gesellschafter können ein Interesse an der Erbringung von Sacheinlagen haben, die auf die nicht-einforderbare Stammeinlage (Pkt G) angerechnet werden und die offene Stammeinlage bei Wegfall der Gründungsprivilegierung reduzieren. Für Gesellschaftsgläubiger wäre diese Möglichkeit nicht

nachteilig, sondern tendenziell sogar von Vorteil.²⁵ Da Sacheinlagen sofort geleistet werden müssen, erhalte die Gesellschaft bereits bei der Gründung *zusätzlich* zur gründungsprivilegierten Stammeinlage weitere Vermögensgegenstände statt einer Bareinlageforderung, die erst nach zehn Jahren²⁶ eingefordert werden kann.

Nach einem Teil der Lehre sind Sacheinlagen lediglich für die gründungsprivilegierten Stammeinlagen unzulässig, hinsichtlich der nicht-einforderbaren Stammeinlagen jedoch zulässig.²⁷ Gegen diese Ansicht sprechen aber folgende Bedenken: Der Wille des Gesetzgebers ergibt sich eindeutig aus den Materialien. Ganz allgemein können zwar teleologische Argumente den in den Gesetzesmaterialien dokumentierten Willen des Gesetzgebers aufwiegen, denn die historische Auslegung geht der teleologischen Auslegung nicht per se vor.²⁸ Zwingende teleologische Argumente für die Zulässigkeit von Sacheinlagen finden sich jedoch nicht. Unterstellt man dem Verbot von Sacheinlagen wie bei der deutschen Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) die ratio, dass aus Vereinfachungsgründen lediglich Bareinlagen zulässig sein sollen,²⁹ spricht die teleologische Auslegung sogar gegen die Möglichkeit, Sacheinlagen bei der Gründung auf nicht-einforderbare Stammeinlagen zu leisten. Der Rechtsanwender darf sich nicht über den Willen des Gesetzgebers hinwegsetzen, nur weil er eine Regelung für wünschenswert hält.³⁰

Im Ergebnis wäre es de lege ferenda wünschenswert, dass Sacheinlagen bei der nicht-einforderbaren Stammeinlage zulässig sind. Sie sind aber de lege lata bei der gründungsprivilegierten GmbH generell ausgeschlossen. GmbH-Gründer haben somit die Wahl, ob sie eine „gewöhnliche“ GmbH mit Sacheinlagen oder eine gründungsprivilegierte GmbH ohne Sacheinlagen gründen wollen.

E. Gesellschafterrechte und Kapitalbeteiligung

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

²¹ Walch, Die gründungsprivilegierte GmbH nach dem Abgabenänderungsgesetz 2014, *ecolex* 2014, 335 (336); wohl auch Wöss, Die gründungsprivilegierte GmbH, *NZ* 2014, 181 Pkt B, in diesem Heft; *Kanduth-Kristen/Gregori*, GmbH „light“ – Änderungen durch das AbgÄG 2014, *taxlex* 2014, 112 (112); *Birnbaier*, *GES* 2014, 123 (125); aA *Bachner*, *RdW* 2014, 115 (116 f); *Fida/Pflug*, *SWK* 2014, 508 (509) [unter nicht überzeugender Berufung auf § 5a dGmbHG, der ja für ein generelles Verbot von Sacheinlagen spricht]; *Moser*, Das neue „Gründungsprivileg“ im GmbH-Gesetz, *GES* 2014, 103; wohl auch *Andsammer/Kerschbaum*, *NZG* 2014, 452 (454 insb Fn 24).

²² ErläutRV 24 BlgNR 25. GP 28.

²³ G. H. Roth in *Roth/Altmeyden*, *GmbHG*⁷ § 5 Rz 18; *Lutter/Kleindieck* in *Lutter/Hommelhoff*, *GmbHG*¹⁸ § 5a Rz 21; *Rieder* in *MünchKommGmbHG* § 5a Rz 19; *Fastrich* in *Baumbach/Hueck*, *GmbHG*²⁰ § 5a Rz 11.

²⁴ *Rieder* in *MünchKommGmbHG* § 5a Rz 20; vgl auch *Miras* in *Michalski*, *GmbHG*² § 5a Rz 36; aA *Fastrich* in *Baumbach/Hueck*, *GmbHG*²⁰ § 5a Rz 11 („konsequent“).

²⁵ Insoweit zutr *Bachner*, *RdW* 2014, 115 (116 f).

²⁶ Falls die Gründungsprivilegierung nicht vorzeitig beendet wird.

²⁷ *Bachner*, *RdW* 2014, 115 (116 f).

²⁸ Vgl *Larenz*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*⁶ (1991) 343 ff; *F. Bydliński*, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*² 555 f; *Schauer* in *Kletečka/Schauer*, *ABGB-ON*^{1.01} § 6 Rz 25.

²⁹ Siehe die Nw in Fn 23; weiter gehend *Schäfer* in *Bork/Schäfer*, *GmbHG*² § 5a Rz 20: Zusätzlich zu Vereinfachung bezweckt Sacheinlageverbot auch Gläubigerschutz, weil Sacheinlagen missbrauchs anfällig sind.

³⁰ Vgl zB *OGH* 6. 6. 2000, 10 ObS 236/99z; *OGH* 29. 1. 2001, 3 Ob 57/00d.

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.³¹

F. Ausfallhaftung nach § 83 Abs 2 und Abs 3 GmbHG

Wird einem Gesellschafter (oder bestimmten Dritten) entgegen § 82 GmbHG Vermögen zugewendet und ist die Erstattung weder von dem Empfänger noch von den Geschäftsführern zu erlangen, haften die Gesellschafter nach dem Verhältnis ihrer gesamten übernommenen Stammeinlage, soweit durch die Zahlung das Stammkapital vermindert ist (§ 83 Abs 2 und Abs 3 GmbHG). Ebenso wie bei der Ausfallhaftung nach § 70 GmbHG ist das Verhältnis der gesamten übernommenen – nicht der gründungsprivilegierten – Stammeinlagen maßgebend. In der Lehre ist umstritten, ob die Haftung mit der Ziffer des Stammkapitals begrenzt ist oder eine theoretisch unbegrenzte Haftung droht, falls die Gesellschaft überschuldet ist.³² Folgt man der zutreffenden Ansicht, wonach die Haftung mit der Ziffer des Stammkapitals begrenzt ist, haften die Gesellschafter betragsmäßig nur bis zur Höhe des Stammkapitals (idR € 35.000,-). Bei der gründungsprivilegierten GmbH sprechen darüber hinaus gute Gründe für eine Beschränkung auf den Betrag des einforderbaren Stammkapitals (idR € 10.000,-). Der Gesetzgeber wollte das Risiko der Gesellschafter während aufrechter Gründungsprivilegierung offenbar generell auf typischerweise € 10.000,- begrenzen. Diese Risikobegrenzung gilt sogar im worst case der Gesellschaftsinsolvenz (§ 10b Abs 4 GmbHG) und daher wohl auch bei § 83 Abs 2 und Abs 3 GmbHG, so-

dass nur eine Haftung bis zur Ziffer des einforderbaren Stammkapital (idR € 10.000,-) droht.

G. Die „nicht-einforderbaren“ Stammeinlagen

1. Restgröße

Die vergleichsweise größten Schwierigkeiten bei der gründungsprivilegierten GmbH bereitet die „nicht-einforderbare“ Stammeinlage. Sie ist die Differenz zwischen der gesamten übernommenen und der gründungsprivilegierten (= einforderbaren) Stammeinlage. Die „nicht-einforderbare“ Stammeinlage entsteht mit der Übernahme der Stammeinlageverpflichtung durch die Gesellschafter (siehe dazu sogleich). Sie kann von der Gesellschaft während aufrechter Gründungsprivilegierung allerdings nicht eingefordert werden. Sie ist nicht fällig und kann entgegen § 63 Abs 1 GmbHG auch nicht fällig gestellt werden, denn § 10b Abs 4 GmbHG ist lex specialis zu § 63 Abs 1 GmbHG.³³

2. Insolvenz der Gesellschaft

In der Insolvenz der Gesellschaft kann die „nicht-einforderbare“ Stammeinlage nicht eingefordert werden (§ 10b Abs 4 Satz 2 GmbHG). Das gilt auch, wenn das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Gesellschaft vor Ablauf der zehnjährigen Frist eröffnet, aber erst danach abgeschlossen wird.³⁴ Nach den Materialien handelt es sich bei § 10b Abs 4 Satz 2 GmbHG nur um eine Klarstellung, weil sich dessen Rechtsfolgen auch aus allgemeinen Grundsätzen ergeben. „Während der Insolvenzverfahren normalerweise sämtliche noch ausstehenden Einzahlungen auf die übernommenen GmbH-Stammeinlagen einfordern kann, weil diese im Insolvenzverfahren als fällig gelten (vgl § 14 Abs 2 IO), ist eine solche Einforderung in einer gründungsprivilegierten Gesellschaft nur hinsichtlich der Differenz zwischen den bereits eingezahlten Beträgen und den gründungsprivilegierten Stammeinlagen möglich, weil eine darüber hinausgehende Forderung der Gesellschaft noch gar nicht entstanden ist.“³⁵ Das ist insoweit nicht ganz zutreffend, als sich die Fälligkeit der offenen Stammeinlage in der Insolvenz der Gesellschaft nicht aus § 14 Abs 2 IO ergibt.³⁶ Die Bestimmung bezieht sich nur auf Verbindlichkeiten und nicht auf Aktivforderungen der insolventen Gesellschaft wie bspw die Stammeinlageforderung.³⁷ Im Ergebnis wirkt sich das nicht aus, weil

³¹ Vgl dazu die generell großzügigen Gestaltungsmöglichkeiten beim Stimmgewicht (Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 39 Rz 13).

³² Die Gesellschafter haften für den „Abgang am Stammkapitale“. Ist das Eigenkapital durch die Zahlung negativ geworden, müsste sich der Betrag aus der Differenz zwischen negativem Eigenkapital und null und zusätzlich dem Betrag der Stammkapitalziffer zusammensetzen (Karollus, Einlagenrückgewähr und verdeckte Gewinnausschüttung im Gesellschaftsrecht, in Leitner, Handbuch Verdeckte Gewinnausschüttung² [2014] 1 [48]); für Begrenzung auf Betrag der Stammkapitalziffer Schopper, Ausfallhaftung der Mitgesellschafter für verbotswidrige Rückzahlung Eigenkapital ersetzender Leistungen? wbl 2004, 410 (412 f); Harrer, Kommentar zum GmbH-Gesetz [Rezension zu Koppensteiner, GmbHG¹, Anm der Verf], GesRZ 1994, 80; Walch, Die subsidiäre Anwendbarkeit des allgemeinen Zivilrechts im GmbHG (in Druck) 238 (in Fn 969); in Deutschland hA [BGH 25. 2. 2002, II ZR 196/00 NJW 2002, 1803; Habersack in Ulmer/Habersack/Winter § 31 Rz 55; Verse in Scholz, GmbHG¹¹ § 31 Rz 61; Pentz in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG⁵ § 31 Rz 38; Ensthaler in Ensthaler/Füller/Schmidt, GmbHG² § 31 Rz 15]; aA Bauer/Zehetner in Straube, GmbHG § 83 Rz 61; Köppl in Torggler, GmbH (in Druck) § 83 Rz 20; Auer in Gruber/Harrer, GmbHG § 83 Rz 42.

³³ Missverständlich Moser, GES 2014, 103 (105): „Die Generalversammlung kann jederzeit vor Ablauf der 10-Jahresfrist die Leistung von Einlagen bis € 35.000,- und auch darüber hinaus beschließen.“

³⁴ ErläutRV 24 BlgNR 25. GP 28; Bachner, RdW 2014, 115 (118).

³⁵ ErläutRV 24 BlgNR 25. GP 28.

³⁶ Anders noch Schopper in Straube, GmbHG § 63 Rz 33; Wöss, NZ 2014, 181 Pkt B.

³⁷ Bollenberger, Konkurs einer Bank: Müssen Kreditkunden vorzeitig zurückzahlen? RdW 1995, 252 (254); Walch, ecolx 2014, 335 (336 in Fn 14); Schopper in Straube, GmbHG (2014, in Bearbei-

die offenen Stammeinlagen auch abseits des § 14 Abs 2 IO nach ganz hA in der Insolvenz der Gesellschaft sofort fällig sind, ohne dass es eines Gesellschafterbeschlusses bedarf.³⁸

Nicht überzeugend ist die Ansicht in den Gesetzesmaterialien, wonach die nicht-einforderbare Stammeinlage noch gar nicht entstanden sei. Die Gesellschafter versprechen der Gesellschaft mit der Übernahme der gesamten Stammeinlagen, diese zu leisten. Nach allgemeinem Zivilrecht entstehen mit diesem Leistungsversprechen die gesamten Stammeinlageforderungen. Die Gesellschaft könnte die Stammeinlagen von den Gesellschaftern nach § 63 Abs 1 GmbHG einfordern, jedoch sieht § 10b Abs 4 GmbHG als *lex specialis* vor („abweichend von § 63 Abs 1“), dass sie während aufrechter Gründungsprivilegierung nicht eingefordert werden können. Wären die nicht-einforderbaren Stammeinlageforderungen nicht bereits mit der Übernahme der Stammeinlagen entstanden, bspw weil sie aufschiebend bedingt wären, müsste das Stammkapital – als Summe der Stammeinlagen – auf € 10.000,– und nicht auf € 35.000,– lauten. Dies widerspräche § 6 Abs 1 GmbHG, der auch für die gründungsprivilegierte GmbH ein Mindeststammkapital iHv € 35.000,– vorsieht und durch § 10b GmbHG nicht verdrängt wird.³⁹

Im Ergebnis kann der Umstand, dass die nicht-einforderbaren Stammeinlagen in der Insolvenz der Gesellschaft nicht eingefordert werden können, nicht damit begründet werden, dass diese noch nicht entstanden seien. Die Rechtsfolge ergibt sich lediglich aus der *lex specialis* § 10b Abs 4 Satz 2 GmbHG. Würde sich die gegenteilige in den Materialien zum Ausdruck gebrachte Rechtsansicht praktisch nicht auswirken, könnte dahingestellt bleiben, ob sie zutrifft. Allerdings hängen Folgefragen von der Beantwortung dieser Frage ab, was sich sogleich bei der Pfändbarkeit der nicht-einforderbaren Stammeinlage zeigen wird.⁴⁰

3. Pfändung und Verpfändung

Ganz allgemein können auch nicht fällige Forderungen gepfändet werden. Ausreichend – aber auch notwendig

– ist, dass eine Forderung bereits entstanden ist.⁴¹ § 299 EO, der eine Ausnahme von diesem Grundsatz bei fortlaufenden Bezügen vorsieht, ist auf Stammeinlagen nicht anwendbar, weil es sich bei der Stammeinlageforderung um keinen fortlaufenden Bezug handelt. Folgt man der hier vertretenen Ansicht, wonach die nicht-einforderbaren Stammeinlagen mit der Übernahme der Stammeinlageverpflichtung entstehen, sind diese pfändbar. Solange die Gründungsprivilegierung aufrecht ist, können sie jedoch vom betreibenden Gläubiger nicht fällig gestellt werden. Da er die Fälligkeit einer Stammeinlageforderung nicht einmal bei gesellschaftsvertraglich fixierten Leistungszeitpunkten selbst herbeiführen kann, muss dies erst recht für die nicht-einforderbare Stammeinlageforderung gelten, bei der die Fälligkeit *ex lege* hinausgeschoben ist.⁴²

Die nicht-einforderbare Stammeinlageforderung kann jedenfalls verpfändet werden, und zwar auch dann, wenn man sie als nicht bereits entstanden ansieht (Pkt 2), weil ganz allgemein auch künftig entstehende Forderungen verpfändet werden dürfen, sofern sie ausreichend bestimmt sind.⁴³ Die Gesellschaft darf sie nur zur Absicherung einer liquiden und vollwertigen Forderung verpfänden, um die Aufbringung des Stammkapitals nicht zu gefährden.⁴⁴ Die Verpfändung der nicht-einforderbaren Stammeinlage hat keine Auswirkungen auf ihre Fälligkeit.⁴⁵

4. Vorzeitige Leistung zulässig

Die Gesellschafter können freiwillig bereits vorab schuldbefreiend Einzahlungen auf die nicht-einforderbare Stammeinlage leisten.⁴⁶ Praktisch relevant kann dies bspw werden, wenn die gründungsprivilegierte Stammeinlage weniger als ein Viertel der gesamten übernommenen Stammeinlage beträgt. Wollen die Gesellschafter die Gründungsprivilegierung vor Ablauf der Zehnjahresfrist des § 10b Abs 5 GmbHG beenden, muss gem § 10b Abs 5 iVm § 10 Abs 1 GmbHG mindestens ein Viertel auf die gesamte übernommene Stammeinlage eingezahlt sein. Leistet ein Gesellschafter seine nicht-einforderbare Stammeinlage vorab, steht ihm jedenfalls kein Anspruch auf Zinsen zu, weil dem § 82 GmbHG entgegensteht.⁴⁷

tung) § 63 Rz 33; anders noch *ders*, aaO (2009); diesem folgend *Baier in Gruber/Harrer*, GmbHG § 63 Rz 25.

³⁸ OGH NZ 1917, 284; OGH 21. 12. 2000, 8 Ob 277/00v; RIS-Justiz RS0059959; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht (1983) 591; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 63 Rz 5 und Rz 7; *Schopper in Straube*, GmbHG § 63 Rz 33; *Walch*, Die Aufbringung des Stammkapitals in der Insolvenz eines GmbH-Gesellschafters, GES 2014, 155 (158); RG 18. 10. 1932, II 91/32 RGZ 138, 106 (111); *Ulmer/Casper in Ulmer/Habersack/Löbke*, GmbHG² § 19 Rz 33.

³⁹ Vgl *Birnbaumer*, GES 2014, 123 (124); *Wöss*, NZ 2014, 181 Pkt B.

⁴⁰ Zur Insolvenz eines Gesellschafters, bei der sich diese Frage ebenfalls auswirkt, siehe *Walch*, *ecolx* 2014, 335 (337); vgl auch allgemein zur Insolvenz eines GmbH-Gesellschafters *ders*, GES 2014, 155.

⁴¹ OGH 12. 9. 1978, 3 Ob 132/78 JBl 1979, 438; *Oberhammer in Angst*, EO² § 294 Rz 2.

⁴² Vgl zu gesellschaftsvertraglich vereinbarten Leistungszeitpunkten *Schopper in Straube*, GmbHG § 63 Rz 63; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 63 Rz 24.

⁴³ *Oberhammer/Domej in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 448 Rz 17.

⁴⁴ *Schopper in Straube*, GmbHG § 63 Rz 61.

⁴⁵ Vgl *Schopper in Straube*, GmbHG § 63 Rz 62.

⁴⁶ Vgl allgemein OGH 24. 4. 2003, 6 Ob 187/02x; *Schopper in Straube*, GmbHG § 63 Rz 44.

⁴⁷ OGH 19. 12. 1967, 8 Ob 331/67 (8 Ob 330/67) SZ 40/168; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 63 Rz 22; *Schopper in Straube*, GmbHG § 63 Rz 44; *Baier in Gruber/Harrer*, GmbHG § 63

H. Fälligkeit der nicht-einforderbaren Stammeinlagen nach Wegfall der Gründungsprivilegierung

§ 10b Abs 4 GmbHG ist aus methodischer Sicht *lex specialis* zu § 63 Abs 1 GmbHG. Während aufrechter Gründungsprivilegierung können nicht-einforderbare Stammeinlagen nicht eingefordert werden. Sie sind zwar entstanden, aber nicht fällig. Fällt § 10b Abs 4 GmbHG mit dem Ende der Gründungsprivilegierung weg, gilt § 63 Abs 1 GmbHG uneingeschränkt. Die Fälligkeit der offenen Resteinlagen bestimmt sich ganz allgemein nach dem Gesellschaftsvertrag oder einem Gesellschafterbeschluss (§ 63 Abs 1 GmbHG) sowie uU einer Zahlungsaufforderung durch die Geschäftsführer (§ 65 Abs 2 GmbHG).⁴⁸

Abweichendes gilt für die Differenz zwischen der bereits eingezahlten Stammeinlage und den Mindesteinzahlungserfordernissen des § 10 Abs 1 GmbHG. In Höhe dieser Differenz sind die offenen Resteinlagen fällig, ohne dass es eines Gesellschafterbeschlusses oder eines Fälligkeitstermins im Gesellschaftsvertrag bedarf.⁴⁹ Ergeben sich die Zahlungsmodalitäten aus dem Gesellschaftsvertrag, ist auch keine Zahlungsaufforderung durch den Geschäftsführer (§ 65 Abs 2 GmbHG) nötig.⁵⁰ Vorbehaltlich einer abweichenden Bestimmung im Gesellschaftsvertrag muss jeder Gesellschafter nach Verhältnis seiner gesamten übernommenen Stammeinlage leisten, mindestens jedoch so viel, dass ein Viertel auf seine Stammeinlage eingezahlt ist (vgl § 10 Abs 1 GmbHG).

Geschäftsführer müssen die fälligen Stammeinlagen eintreiben und haften der Gesellschaft für Schäden, die aus einer nachlässigen Betreibung entstehen (§ 25 GmbHG). Das FBGericht kann mit Zwangsstrafen gegen nachlässige Geschäftsführer vorgehen, falls diese eine Anmeldepflicht verletzen (§ 24 Abs 1 FBG). Aus § 26 Abs 1 GmbHG und § 64 Abs 1 GmbHG folgt keine Anmeldepflicht, die zu Zwangsstrafen führen könnte. Nach § 26 Abs 1 GmbHG müssen Geschäftsführer nur bereits erfolgte Einzahlungen anmelden, ohne dass daraus eine Pflicht resultiert, Stammeinlagen energisch einzutreiben.⁵¹ § 64 Abs 1 GmbHG bezieht sich nur auf die Einforderung weiterer Einzahlungen mittels Gesellschafterbeschlusses und ist nicht anwendbar, weil die Differenz zwischen eingezahlten Stammeinlagen und Mindesteinzahlungsverpflichtung (§ 10 Abs 1 GmbHG) *ex lege* als eingefordert gilt, ohne dass es eines Gesellschafterbe-

Rz 33; *Bauer/Zehetner in Straube, GmbHG § 82 Rz 54*; nach hA folgt dies aus § 82 Abs 3 GmbHG.

⁴⁸ Näher *Schopper in Straube, GmbHG § 63 Rz 25*.

⁴⁹ *Walch, ecolex 2014, 335 (338)*; *Adensamer/Kerschbaum, NZG 2014, 452 (453)*; *Moser, Das neue „Gründungsprivileg“ im GmbHG und dessen steuerrechtliche Auswirkungen, ecolex 2014, 369 (370)*.

⁵⁰ *Walch, ecolex 2014, 335 (338)*; im Ergebnis ähnlich *Adensamer/Kerschbaum, NZG 2014, 452 (454)*.

⁵¹ Vgl *Petrasch/Verweijen in Straube, GmbHG § 26 Rz 5*.

schlusses bedarf.⁵² Eine Anmeldepflicht der Geschäftsführer folgt allerdings aus § 10 Abs 1 FBG, wonach Änderungen von im Firmenbuch eingetragenen Tatsachen unverzüglich anzumelden sind: Nach Wegfall der Gründungsprivilegierung ist im Firmenbuch eine Gründungsprivilegierung eingetragen (§ 5 Z 2 a und Z 6 FBG), obwohl die Gründungsprivilegierung beendet ist. Das FBGericht kann die Eintragung nicht amtswegig löschen, wenn die Mindesteinzahlungserfordernisse nach § 10 Abs 1 GmbHG nicht erfüllt sind.⁵³ Die Geschäftsführer sind verpflichtet, den Wegfall der Gründungsprivilegierung zum Firmenbuch anzumelden (§ 10 Abs 1 FBG). Sie können eine Zwangsstrafe nicht mit dem Hinweis auf die Unmöglichkeit oder fehlendes Verschulden abwenden,⁵⁴ weil es in ihrer Macht steht, die fälligen Stammeinlagen einzutreiben, damit die Gesellschaft die Mindesteinzahlungserfordernisse erfüllt und der Wegfall der Gründungsprivilegierung eingetragen werden kann.⁵⁵

Ab Fälligkeit sind die Stammeinlagen zu verzinsen (§ 65 Abs 1 GmbHG). Da das GmbHG die Höhe des Zinssatzes nicht bestimmt, richtet sich dieser nach allgemeinem Zivilrecht. Nach hA hängt die Höhe des Zinssatzes davon ab, ob es sich für den Gesellschafter um ein unternehmensbezogenes Geschäft handelt.⁵⁶ Bejahendenfalls gilt § 456 UGB (bei Verschulden 9,2 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz; ohne Verschulden 4%), ansonsten § 1000 Abs 1 ABGB (4%). Nach der Gegenansicht gelangt jedenfalls der Zinssatz gem § 1000 Abs 1 ABGB zur Anwendung, weil es sich für die Gesellschaft nie um ein unternehmensbezogenes Geschäft handelt und daher § 456 UGB nie zur Anwendung gelangen kann.⁵⁷

⁵² Vgl *Schopper, Einzahlung ausständiger Stammeinlagen und Verfahrensvorschriften im Spiegel der Rechtsprechung, SWK 2005, W 35 (W 36)*; *ders in Straube, GmbHG § 64 Rz 4*; *Baier in Gruber/Harrer, GmbHG § 64 Rz 5*.

⁵³ *Bachner, RdW 2014, 115 (118)*.

⁵⁴ Dazu allgemein *Zib in Zib/Dellinger, UGB § 24 FBG Rz 23 f*.

⁵⁵ AA mit der Begründung, dass die Gesellschafter zu keiner Änderung des Gesellschaftsvertrags gezwungen werden können, *Bachner, RdW 2014, 115 (118)*; dieses Argument überzeugt nicht, weil bei einem Wegfall der Gründungsprivilegierung durch Zeitablauf gar keine Satzungsänderung notwendig ist (siehe ErläutRV 24 BlgNR 25. GP 27).

⁵⁶ *F. Schuhmacher in Torggler, GmbHG (in Druck) § 65 Rz 3*; wohl auch, die neue Rechtslage aber offenbar übersehend, *Baier in Gruber/Harrer, GmbHG § 65 Rz 6*; noch zur alten Rechtslage: *Dehn, Das Zinsrechts-Änderungsgesetz, RdW 2002, 514 (in Fn 22)*; *Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 65 Rz 3*; *Schopper in Straube, GmbHG § 65 Rz 12*; zu § 57 AktG siehe *Graf, Die Neuregelung der Rechtsfolgen des Zahlungsverzugs, wbl 2002, 437 (445)*; *Artmann in Jabornegg/Strasser, AktG⁵ § 57 Rz 24*; *Csoklich in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 57 Rz 10*; *ders in MünchKommAktG³ § 62 Rz 71*.

⁵⁷ Ausführlich *Walch, Die subsidiäre Anwendbarkeit des allgemeinen Zivilrechts im GmbHG (in Druck) 70 ff*; *Reich-Rohrwig, GmbH-Recht 593*; *U. Torggler/H. Torggler in Straube, HGB³ § 111 Rz 1 (zur OG)*; wohl auch *Told in Straube, UGB⁴ § 111 Rz 6 (zur OG)*.

Leistet ein Gesellschafter eine fällige Stammeinlage nicht, kann sein Geschäftsanteil kaduziert werden (§ 66 GmbHG). Rechtsvorgänger haften für den von dem ausgeschlossenen Gesellschafter nicht bezahlten Betrag der Stammeinlagen, und zwar auch dann, wenn sie ihren Geschäftsanteil vor Wegfall der Gründungsprivilegierung übertragen haben.⁵⁸

I. Kapitalerhöhung

Die Gesellschafter können während aufrechter Gründungsprivilegierung eine Kapitalerhöhung vornehmen. Eine Gründungsprivilegierung nach § 10b GmbHG können sie hierbei jedoch nicht in Anspruch nehmen.⁵⁹ Die neu übernommenen Stammeinlagen können zur Gänze auch während aufrechter Gründungsprivilegierung von der Gesellschaft eingefordert werden.

Bsp: Im Zuge einer Kapitalerhöhung, drei Jahre nachdem die Gesellschaft unter Inanspruchnahme des Privilegs gegründet wurde, tritt D neu in die Gesellschaft ein und übernimmt € 10.000,-. Er kann für diese Stammeinlage keine Gründungsprivilegierung in Anspruch nehmen und die Gesellschaft kann von ihm während aufrechter Gründungsprivilegierung nach Maßgabe des § 63 GmbHG die vollen € 10.000,- einfordern.

Im Firmenbuch wird eingetragen:

D

Übernommene Stammeinlage: € 10.000,-

Gründungsprivilegierte Stammeinlage: € 10.000,-

hierauf geleistet: (zB) € 5.000,-

Durch die Eintragung der gesamten übernommenen Stammeinlage als „gründungsprivilegierte Stammeinlage“ wird für den Rechtsverkehr ersichtlich, dass vom Gesellschafter während aufrechter Gründungsprivilegierung die gesamte Stammeinlage eingefordert werden kann. Würde die Eintragung fehlen, entstünde für Dritte der Eindruck, dass es sich bei der übernommenen Stammeinlage um eine nicht-einforderbare Stammeinlage handle. Treffender wäre wohl eine Eintragung als „einforderbare Stammeinlage“, die jedoch in § 5 Z 6 FBG nicht vorgesehen ist, weshalb nur die missverständliche Bezeichnung als „gründungsprivilegierte Stammeinlage“ zulässig ist.

Bisher ungeklärt ist, ob Sacheinlagen bei einer Kapitalerhöhung während aufrechter Gründungsprivilegierung unzulässig sind. Folgt man der hier vertretenen Ansicht, wonach Sacheinlagen bei der gründungsprivilegierten GmbH generell unzulässig sind (Pkt D), könnte dies auch für die Kapitalerhöhung gelten. In diesem Fall müssten die Gesellschafter zunächst die Gründungsprivilegierung beenden, bevor sie Sacheinlagen leisten dürfen.

⁵⁸ Adensamer/Kerschbaum, NZG 2014, 452 (454f).

⁵⁹ Dem steht § 10b Abs 1 GmbHG entgegen, wonach eine Gründungsprivilegierung nur bei der Gründung der Gesellschaft in Anspruch genommen werden kann.

Die besseren Gründe sprechen jedoch dafür, dass Sacheinlagen bei der Kapitalerhöhung zulässig sind. Ratio des Verbots von Sacheinlagen bei der gründungsprivilegierten GmbH ist wohl, dass die Bargründung einfacher als die Sachgründung ist. Die Gesellschafter kommen bei der Gründung der Gesellschaft in den Genuss einiger Vorteile, dürfen dafür jedoch keine Sacheinlagen leisten. Die Kapitalerhöhung bei der gründungsprivilegierten GmbH weist hingegen keine Unterschiede gegenüber der „gewöhnlichen“ GmbH auf. Die Gesellschafter haben keinerlei Vorteile und es besteht uE bei der Kapitalerhöhung auch kein Bedürfnis nach einer „Vereinfachung“ in dem Sinne, dass keine Sacheinlagen zulässig sind. Im Ergebnis dürften Sacheinlagen im Zuge einer Kapitalerhöhung während aufrechter Gründungsprivilegierung zulässig sein.⁶⁰

J. Keine Einzahlung auf nicht-einforderbare Stammeinlage aus Gesellschaftsmitteln

Die Regierungsvorlage sah die Verpflichtung zur Bildung einer Gründungsrücklage vor (§ 10b Abs 5 GmbHG). Diese Gründungsrücklage konnte aufgelöst und auf die nicht-einforderbare Stammeinlage verrechnet werden.⁶¹ In letzter Sekunde wurde die Bestimmung gestrichen. Für die Gesellschafter hat dies den Vorteil, dass sie frei entscheiden können, wann sie die Einzahlungen leisten.⁶²

Aus steuerlicher Sicht ist die fehlende Verrechnungsmöglichkeit ungünstig. Das Stammkapital beträgt von der Gründung der Gesellschaft an (mindestens) € 35.000,-. Die Gesellschafter können die Differenz zwischen gründungsprivilegiertem und gewöhnlichem Stammkapital nicht mittels einer Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln aufbringen, weil das Stammkapital ja bereits € 35.000,- beträgt. Da sie nach allgemeinen Grundsätzen keine Rücklagen gegen ihre Stammeinlagen verrechnen dürfen (§ 82 GmbHG), müssen die Gesellschafter Einzahlungen aus ihrem Privatvermögen

⁶⁰ Die Diskussion in Deutschland verläuft hier aufgrund unterschiedlicher Konzeptionen von UG (haftungsbeschränkt) und gründungsprivilegierten GmbH in anderen Bahnen und lässt sich auf Österreich nicht übertragen; dennoch von Interesse ist aber BGH 19. 4. 2011, II ZB 25/10 NJW 2011, 1881 (1883): „Soweit das Sacheinlagenverbot auch der Verfahrensvereinfachung dient, betrifft dies nur das Gründungsstadium der Unternehmergesellschaft, in dem die Notwendigkeit einer Sacheinlage nicht besteht, weil die Gründer das in voller Höhe bar einzuzahlende Stammkapital frei wählen können (BT-Dr 16/6140, S. 32). Der Gesichtspunkt der Verfahrensvereinfachung greift beim Übergang zur normalen GmbH im Wege der Kapitalerhöhung dagegen nicht mehr, wie sich auch daraus ersehen lässt, dass nach der Gründung der Unternehmergesellschaft gem § 5 a Abs III 2 Nr 1 GmbHG das Verfahren nach § 57 cff GmbHG [= Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln, Anm der Verf] vorgesehen ist.“

⁶¹ ErläutRV 24 BlgNR 25. GP 28.

⁶² Walch, ecolex 2014, 335 (338).

leisten und dazu uU zunächst KEST-pflichtig Gewinne ausschütten.⁶³

Eine Möglichkeit, Einzahlungen aus dem Privatvermögen der Gesellschafter auszuweichen, bestünde darin, eine Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln von (typischerweise) € 35.000,- auf € 47.500,- vorzunehmen, wobei die € 12.500,- zur Gänze geleistet werden. In diesem Fall sind die Mindesteinzahlerfordernisse des § 10 Abs 1 GmbHG (mindestens € 17.500,-) erfüllt, wenn auf alle Stammeinlagen jeweils mindestens ein Viertel eingezahlt ist. Im Anschluss daran steht es den Gesellschaftern offen, das Stammkapital wieder auf € 35.000,- herabzusetzen, wodurch die Gesellschafter von der Verpflichtung zur Leistung der Stammeinlage im Ausmaß des herabgesetzten Betrags befreit werden. Dies dürfte jedoch aufgrund der hohen Kosten der Kapitalherabsetzung wirtschaftlich nicht interessant sein.

K. Publizität der Gründungsprivilegierung

Die gründungsprivilegierte GmbH ist für Gesellschaftsgläubiger nachteiliger als eine „gewöhnliche“ GmbH, weil sie einen geringeren Mindesthaftungsfonds aufweist, auf den die Gesellschaftsgläubiger zugreifen können. Der Rechtsverkehr hat ein Interesse daran, dass potentielle Gesellschaftsgläubiger auf die vergleichsweise höhere Gefahr hingewiesen werden.⁶⁴ Der Ministerialentwurf sah für die gründungsprivilegierte GmbH einen Rechtsformzusatz vor, um den Rechtsverkehr auf die Gründungsprivilegierung hinzuweisen. Die Bestimmung ordnete sich in die Systematik des Gesellschaftsrechts ein, denn seit der Liberalisierung des Firmenrechts stellen vor allem Rechtsformzusätze die haftungsrechtliche Publizität sicher (§ 19 UGB; § 5 GmbHG).⁶⁵ Unter dem Druck der Wirtschaft wurde der Rechtsformzusatz gestrichen.⁶⁶ Auch der in der Regierungsvorlage vorgesehene Hinweis auf die Gründungsprivilegierung auf den Geschäftsbriefen, Bestellscheinen und Webseiten der Gesellschaft (§ 14 Abs 1 UGB) ist in § 10b GmbHG nicht enthalten. Übrig geblieben ist nur die Eintragung der Gründungsprivilegierung im Firmenbuch (§ 5 Z 2 a und Z 6 FBG).⁶⁷ Die Publizität der Gründungsprivilegierung ist somit nur schwach ausgeprägt.

Die insuffiziente Publizität der Gründungsprivilegierung wirft die Frage auf, ob sich ein Schutz des Rechtsverkehrs aus allgemeinen Grundsätzen ergibt. Eine Rechts-scheinhaftung des Geschäftsführers, der nicht auf die

Gründungsprivilegierung hinweist, kommt regelmäßig nicht in Betracht.⁶⁸ Auch aus §§ 871 ff ABGB ergibt sich kein mittelbarer Schutz des Rechtsverkehrs. Für einen Geschäftspartner, der mit der gründungsprivilegierten GmbH kontrahiert, ist deren Gründungsprivilegierung in aller Regel keine wesentliche Eigenschaft, die zu einem beachtlichen Irrtum über die Person des Geschäftspartners führen würde (§ 873 ABGB). Er weiß, dass er mit einer GmbH kontrahiert und nicht bspw mit einer OG, dh er irrt allenfalls darüber, dass es sich um eine GmbH mit einer geringeren Kapitalausstattung und typischerweise daraus folgender geringeren Kreditwürdigkeit handelt.⁶⁹ Überdies scheidet eine Irrtumsanfechtung regelmäßig daran, dass keine Aufklärungspflicht der Gesellschaft über die Gründungsprivilegierung bestehen wird und der Irrtum nicht von der Gesellschaft veranlasst ist.

L. Übertragung, Teilung und Verpfändung des Geschäftsanteils

Geschäftsanteile einer gründungsprivilegierten GmbH können gem § 76 GmbHG übertragen werden. Es bestehen keine Einschränkungen gegenüber Geschäftsanteilen einer gewöhnlichen GmbH. Jeder Gesellschafter kann grds nur einen Geschäftsanteil haben (§ 75 Abs 2 GmbHG).⁷⁰ Wird ein Geschäftsanteil an einen bestehenden Gesellschafter übertragen, wächst dieser dem ursprünglichen Geschäftsanteil zu. Falls gründungsprivilegierte und gewöhnliche Stammeinlage bei den einzelnen Geschäftsanteilen nicht im selben Verhältnis zueinander stehen oder auf eine Stammeinlage vergleichsweise höhere Einzahlungen geleistet wurden,⁷¹ wird die gründungsprivilegierte Stammeinlage des „neuen“ Geschäftsanteils aus dem Durchschnitt der beiden ursprünglichen Geschäftsanteilen errechnet.

Bsp:

Geschäftsanteil A: Stammeinlage: € 10.000,-; gründungsprivilegierte Stammeinlage € 5.000,- (= 50% der StE), darauf geleistet € 1.250,- (= 25% der gründungsprivilegierten StE).

Geschäftsanteil B: Stammeinlage: € 20.000,-; gründungsprivilegierte Stammeinlage € 5.000,- (= 25%), darauf geleistet € 5.000,- (= 100%).

⁶⁸ Näher Walch, *ecolex* 2014, 335 (338).

⁶⁹ Die Beachtlichkeit eines Irrtums über die Zahlungsfähigkeit oder die Kreditfähigkeit eines Schuldners ist im Zivilrecht umstritten; dazu Pletzer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON¹⁰¹ § 873 Rz 6f; Kolmasch in Schwimann, TK² § 873 Rz 3; ausführlich Bollenberger, Irrtum über die Zahlungsunfähigkeit (1995) 3ff.

⁷⁰ Dazu näher Schopper in Gruber/Harrer, GmbHG § 75 Rz 10; Rauter in Straube, GmbHG § 75 Rz 30.

⁷¹ Treffen die Gesellschafter keine Vereinbarung, sind die Einzahlungen auf die Stammeinlagen von sämtlichen Gesellschaftern nach Verhältnis ihrer in Barem zu leistenden Stammeinlagen zu machen (vgl § 63 Abs 2 GmbHG). Die Gesellschafter können jedoch vereinbaren, dass ein Gesellschafter einen überproportionalen Teil leistet.

⁶³ Siehe zu den mit dem Schütt-aus-hol-zurück-Verfahren verbundenen Problemen Schopper in Straube, GmbHG § 63 Rz 168 mwN; vgl auch Adensamer/Kerschbaum, NZG 2014, 452 (454).

⁶⁴ ErläutRV 24 BlgNR 25. GP 27 und 29.

⁶⁵ Vgl dazu Jennewein in Torggler, UGB § 19 Rz 1; Dehn in Krejci, RK UGB § 19 Rz 1; Fezer, Liberalisierung und Europäisierung des Firmenrechts, ZHR 161 (1997), 52 (60).

⁶⁶ Vgl, allerdings nur bezogen auf den Wegfall des zwingenden Rechtsformzusatzes, ErläutRV 24 BlgNR 25. GP 29.

⁶⁷ Moser, Die neue „gründungsprivilegierte“ GmbH, CFOaktuell 2014, 113 (114).

Geschäftsanteil B wird an A übertragen

Geschäftsanteil A neu: Stammeinlage: € 30.000,-; gründungsprivilegierte Stammeinlage € 10.000,- (= 33,3%), darauf geleistet € 6.250,- (= 62,5%).

Ebenso können Geschäftsanteile einer gründungsprivilegierten GmbH ge- und verpfändet werden. Eine Teilung des Geschäftsanteils zwecks Veräußerung ist ebenso zulässig wie eine Teilverpfändung, sofern eine Teilung im Gesellschaftsvertrag zugelassen wurde oder sämtliche Gesellschafter zustimmen (§ 79 GmbHG).⁷² Bei einer Teilung des Geschäftsanteils gehen die gründungsprivilegierten Stammeinlagen vorbehaltlich einer gegenteiligen Satzungsbestimmung pro rata auf den neuen Geschäftsanteil über.⁷³

M. Auflösung

Die gründungsprivilegierte GmbH kann durch Gesellschafterbeschluss aufgelöst werden (§ 84 Abs 1 Z 2 GmbHG). Die Gründungsprivilegierung bleibt in der Liquidation aufrecht. Dies gilt, analog zu § 10b Abs 4 Satz 2 GmbHG, wohl auch dann, wenn die Gesellschaft während aufrechter Gründungsprivilegierung aufgelöst wird und die Liquidation nicht vor Ablauf der Zehnjahresfrist des § 10b Abs 5 GmbHG endet. Die Liquidatoren können abweichend von § 90 Abs 3 GmbHG von den Gesellschaftern keine über die gründungsprivilegierten Stammeinlagen hinausgehenden Stammeinlagen einfordern, denn auch in der Liquidation wird das Privileg eines verminderten Einsatzes von Risikokapital nicht zu Lasten der Gesellschafter durchbrochen.

N. Umgründungen

Die gründungsprivilegierte GmbH kann Gegenstand von Umgründungen sein. Für die einzelnen Umgründungstatbestände ist konkret zu entscheiden, ob eine Umgründung aufgrund von Besonderheiten der gründungsprivilegierten GmbH unzulässig ist. Einschränkungen ergeben sich vor allem aus dem Verbot von Sacheinlagen bei der gründungsprivilegierten GmbH (Pkt D). In Deutschland gehen der BGH und im Anschluss daran die hL davon aus, dass eine Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) nicht als *übernehmende* Gesellschaft fungieren kann, weil es sich um eine Sachgründung handle.⁷⁴ Bspw scheidet eine Verschmel-

zung durch Neugründung einer gründungsprivilegierten GmbH daran, dass es sich bei einer Verschmelzung durch Neugründung um eine Sachgründung handelt.⁷⁵ Eine Verschmelzung durch Aufnahme mit der gründungsprivilegierten GmbH als übernehmender Rechtsträger ist vom Sacheinlageverbot des § 10b Abs 3 Satz 2 GmbHG nicht erfasst, weil sich dieses nur auf die Gründung der gründungsprivilegierten GmbH bezieht (vgl Pkt I). Eine Teilnahme an einer Umgründung als *übertragender* Rechtsträger dürfte idR auf weniger Bedenken stoßen.⁷⁶

Eine weitere Einschränkung ergibt sich aus § 10b Abs 1 GmbHG. Eine Gründungsprivilegierung kann nur bei neu gegründeten GmbHs in Anspruch genommen werden. Eine formwechselnde Umwandlung von einer AG in eine gründungsprivilegierte GmbH (§§ 239 ff AktG) scheidet daher bspw aus.

O. GmbH & Co KG

Eine gründungsprivilegierte GmbH kann als Komplementärin einer GmbH & Co KG fungieren. Als Rechtsformzusatz gem § 19 Abs 2 UGB reicht „GmbH & Co KG“. Ein Hinweis auf die Gründungsprivilegierung ist nicht nötig, da der Gesetzgeber ganz allgemein keine unterschiedlichen Rechtsformzusätze für die gründungsprivilegierte und die „gewöhnliche“ GmbH vorsieht. Es besteht kein Anlass, bei der GmbH & Co KG davon abzuweichen.

P. Mindest-KöSt

Es war eines der Ziele des AbgÄG 2014, das Mindeststammkapital wieder auf € 35.000,- zu heben, um Steuerausfälle bei der Mindest-KöSt zu vermeiden.⁷⁷ Bei der gründungsprivilegierten GmbH wurde daher die aus zivil- und gesellschaftsrechtlicher Sicht kritikwürdige Regelung eines zum Teil nicht einforderbaren Stammkapitals gewählt. Im Ministerialentwurf war noch vorgesehen, dass die bereits vor dem GesRÄG 2013 geltende Bestimmung in § 24 Abs 4 Z 3 KStG eingefügt wird, wonach abweichend von Z 1 und Z 2 leg cit die Mindest-KöSt für die ersten vier Kalendervierteljahre ab Eintritt in die unbeschränkte Steuerpflicht für jedes volle Kalendervierteljahr € 273,- beträgt. In der Regierungsvorlage findet sich dagegen eine weitgehende Privilegierung für neu gegründete GmbHs, die schließlich auch beschlossen wurde. 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 € 125,-/Kalendervierteljahr und in den folgenden fünf

⁷² Näher Schopper in Gruber/Harrer, GmbHG § 75 Rz 5f; bei der Vererbung von Geschäftsanteilen ist eine Teilung auch ohne entsprechende Klausel im Gesellschaftsvertrag zulässig (§ 79 Abs 1 GmbHG).

⁷³ Walch, *ecolex* 2014, 335 (338); vgl zur ähnlichen Rechtslage bei der Aufteilung von offenen Einlageverbindlichkeiten Schopper in Gruber/Harrer, GmbHG § 75 Rz 21; aA OLG Wien 6. 10. 2004, 28 R 90/04 t NZ 2006/22.

⁷⁴ BGH 11. 4. 2011, II ZB 9/10 NJW 2011, 1883; Miras in Michalski, GmbHG² § 5a Rz 13; Roth in Roth/Altmeppen, GmbHG⁷ § 5a Rz 38; Rieder in MünchKommGmbHG § 5a Rz 51; nunmehr auch Paura in Ulmer/Habersack/Löbbecke, GmbHG² § 5a Rz 63; Lutter/Kleindieck in Lutter/Hommelhoff, GmbHG¹⁸ § 5a Rz 69.

⁷⁵ Vgl Schindler/Brix in Straube, GmbHG § 96 Rz 6; Marsch-Barner in Kallmeyer, Umwandlungsgesetz⁵ § 36 Rz 10.

⁷⁶ Rieder in MünchKommGmbHG § 5a Rz 50.

⁷⁷ Ausführlich zu Fragen um die Mindest-KöSt Kanduth-Kristen/Gregori, *taxlex* 2014, 112; Rief, Das steuerliche Gründungsprivileg im AbgÄG 2014, VWT 2014, 91.

Jahren € 250,-/Kalendervierteljahr. Die € 125,-/Kalendervierteljahr entsprechen der Mindest-KöSt nach dem GesRÄG 2013. Im Ergebnis belaufen sich die Mindest-KöSt-Mehreinnahmen bei der gründungsprivilegierten GmbH nach dem AbgÄG 2014 gegenüber der 10.000-Euro-GmbH nach alter Rechtslage in den ersten zehn Jahren auf insgesamt € 2.500,- pro gründungsprivilegierte GmbH.⁷⁸

Dies nährt Zweifel, ob die aus zivil- und gesellschaftsrechtlicher Sicht kritikwürdige Regelung eines entstandenen, aber teilweise nicht einforderbaren Stammkapitals zweckmäßig war, die ja vor allem den Zweck hatte, Steuerausfälle bei der Mindest-KöSt zu vermeiden.⁷⁹ Aus gesellschaftsrechtlicher Sicht wäre es dogmatisch überzeugender gewesen, wenn die nicht-einforderbaren Stammeinlagen mit dem Wegfall der Gründungsprivilegierung aufschiebend bedingt *entstehen* würden. In diesem Fall würde das Stammkapital während aufrechter Gründungsprivilegierung idR bei € 10.000,- liegen und sich bei Wegfall der Gründungsprivilegierung auf € 35.000,- erhöhen. Den mit der nicht-einforderbaren Stammeinlage verbundenen dogmatischen Schwierigkeiten (Pkt G) hätte man dadurch ausweichen können. Falls sich der Gesetzgeber nicht mit der Mindest-KöSt auf Grundlage der € 10.000,- Mindeststammkapital bei der gründungsprivilegierten GmbH hätte begnügen wollen, wäre es ihm offengestanden, eine gesonderte Regelung der Mindest-KöSt für die gründungsprivilegierte GmbH im KStG zu schaffen.⁸⁰

Zusammenfassend berechnet sich die Mindest-KöSt einer gründungsprivilegierten GmbH zwar nach einem Mindeststammkapital von € 35.000,-, das KStG konterkariert die daraus fließenden Mehreinnahmen gegenüber der GmbH light des GesRÄG 2013 jedoch großteils wieder. Dies provoziert die Frage, weshalb der Gesetzgeber das Ziel höherer Steuereinnahmen aus der Mindest-KöSt nicht ausschließlich im KStG verfolgte und das GmbHG mit der dogmatisch kritikwürdigen nicht-einforderbaren Stammeinlage belastete.

Q. Notargebühren

Mit der Herabsetzung des Mindeststammkapitals durch das GesRÄG 2013 verringerten sich reflexartig auch die Kosten für die Errichtung des Notariatsakts bei der

Gründung einer GmbH (§ 4 Abs 3 GmbHG). Die Notargebühren, die bei der Gründung der Gesellschaft durch die gem § 4 Abs 3 GmbHG erforderliche Notariatsaktsform anfallen, berechnen sich nach der Ziffer des Stammkapitals. Dem Gesetzgeber ging diese Kostenersparnis aber nicht weit genug. Um Neugründungen zu fördern, kamen Gründer einer Einpersonen-GmbH unter bestimmten Umständen in den Genuss eines besonders günstigen Tarifs (§ 5 Abs 8 Notariatsstarifgesetz idF BGBl I 2013/109; in der Folge: NTG). Neben weiteren Voraussetzungen musste der Gründer in diesen Fällen dem Notar eine Errichtungserklärung⁸¹ gem § 3 Abs 2 GmbHG vorlegen, die seitens des Notars, abgesehen von durch die Notariatsform bedingten Zusätzen, keine Änderung oder Ergänzung erforderte.

Mit der Rückkehr zum Mindeststammkapital von € 35.000,- haben sich die Kosten für die Errichtung des Gesellschaftsvertrags in Notariatsaktsform wieder erhöht.⁸² Die Privilegierung nach § 5 Abs 8 NTG ist geblieben und wurde geringfügig an die neue Rechtslage angepasst.⁸³ Aus Kostensicht ist sie für potentielle Neugründer mit dem AbgÄG 2014 interessanter geworden, weil die Gründung nach § 5 Abs 8 NTG nach wie vor mit € 1.000,- bewertet wird, während die Bewertungsgrundlage für die „gewöhnliche“ GmbH von € 10.000,- auf € 35.000,- gestiegen ist. Dennoch überwiegen bei einer Gründung nach § 5 Abs 8 NTG weiterhin die Nachteile, weil in die Errichtungserklärung lediglich der Mindestinhalt des § 4 Abs 1 GmbHG, die Bestellung des Geschäftsführers, die Gründungsprivilegierung (§ 10b GmbHG) sowie der Ersatz der Gründungskosten nach § 7 Abs 2 GmbHG aufgenommen werden darf und die Errichtungserklärung nicht den spezifischen Bedürfnissen des Gesellschafters angepasst wird.

Aus Notarsicht empfiehlt es sich, potentielle Gründer einer nach § 5 Abs 8 NTG privilegierten GmbH darüber zu belehren, dass die Gesellschaft auf eine Einpersonengesellschaft zugeschnitten ist und Satzungsbestimmungen nicht aufgenommen werden können, die in der Kautelarjurisprudenz längst Usus sind (§ 52 bzw § 54 NO).⁸⁴ Spätestens wenn nach der Gründung ab-

⁷⁸ € 125,-/Kalendervierteljahr Mehreinnahmen in den Jahren 6–10 ab der Gründung.

⁷⁹ Krit auch *Schuschnigg*, Die Änderungen im GmbH-Gesetz, SWK 2014, 413 (418); zu Alternativen siehe *Wöss*, NZ 2014, 181 (184) Pkt E; *Walch*, *ecolex* 2014, 335 (336).

⁸⁰ Aus verfassungsrechtlicher Sicht wäre dies uE unbedenklich, weil der Gesetzgeber die gründungsprivilegierte GmbH nicht ohne sachliche Rechtfertigung steuerlich benachteiligen würde. Dem Gesetzgeber stünde es wohl offen, neu gegründete GmbHs lediglich insoweit zu privilegieren, als sie nicht sofort das gesamte Stammkapital aufbringen müssten, gleichzeitig aber die für alle (neu gegründeten) GmbHs geltende Mindest-KöSt zu verlangen.

⁸¹ Die Materialien sprechen hier etwas unscharf vom „Gesellschaftsvertrag“; siehe ErläutRV 2356 BlgNR 24. GP 16.

⁸² *Schuschnigg*, SWK 2014, 413 (416).

⁸³ *Birnbauer*, GES 2014, 123 (126).

⁸⁴ Bei einer einfachen Gründung nach § 5 Abs 8 NTG handelt es sich um die Solennisierung (Ummantelung) einer Privaturkunde (§ 54 NO) und nicht um die Errichtung eines Notariatsakts (§ 52 NO). Die Solennisierung einer Privaturkunde statt der Errichtung eines Notariatsakts ist nach hA auch abseits des § 5 Abs 8 NTG zulässig (siehe bereits OGH 5. 3. 1969, 5 Ob 346/68 NZ 1969, 152; *Graschopf*, Die Solennisierung, NZ 1956, 1 [2]; *Aicher/Feltl* in *Straube*, GmbHG § 4 Rz 53). Der Notar ist nach hA nicht von seiner Belehrungspflicht befreit, weil er gem § 54 Abs 2 NO die Privaturkunde (= Erklärung über die Errichtung der Gesellschaft) nach der Vorschrift des § 52 NO zu prüfen und die Parteien zu belehren hat (*Döller*, Die zivilrechtliche Haf-

sehbar ist, dass die Gesellschaft mehrere Gesellschafter erhält, sind umfangreiche Satzungsänderungen notwendig.

R. GmbHs nach dem GesRÄG 2013

Gesellschaften, deren Stammkapital aufgrund der Rechtslage nach dem GesRÄG 2013 € 35.000,- nicht erreicht, haben bis längstens 1. 3. 2024 eine Kapitalerhöhung auf diesen oder einen höheren Betrag durchzuführen.⁸⁵ § 127 Abs 16 GmbHHG bestimmt nicht, ob es sich um eine ordentliche oder eine nominelle Kapitalerhöhung handeln muss. Die Entscheidung obliegt den Gesellschaftern, wobei die Gesellschafter kraft Treuepflicht gehalten sind, uU ihre favorisierte Variante zugunsten überwiegender Interessen von Mitgesellschaftern zurückzustellen.⁸⁶ Einzelne Gesellschafter können sich nicht auf den Belastungsschutz berufen (§ 50 Abs 4 GmbHHG), weil es sich um eine vom Gesetzgeber auferlegte Pflicht handelt.⁸⁷ Überwiegen die Interessen der Mitgesellschafter, müssen sie daher uU auch einer ordentlichen Kapitalerhöhung zustimmen.

§ 127 GmbHHG sieht keine Sanktion für Gesellschaften vor, die dieser Pflicht nicht nachkommen. Eine Nichtigklärung der Gesellschaft gem § 10 Abs 2 oder Abs 3 FBG scheidet wohl aus, weil der Gesetzgeber die Gründe, aus denen eine Gesellschaft für nichtig erklärt (= aufgelöst) werden kann, im Interesse des Bestandsschutzes stark eingeschränkt hat.⁸⁸

Das FBGericht kann daher lediglich mittels Zwangsstrafen gegen die Gesellschaft vorgehen, indem es Zwangsstrafen gegen ihre Geschäftsführer verhängt (§ 24 FBG).⁸⁹ Diese setzen jedoch voraus, dass die Geschäftsführer gegen eine Anmeldepflicht verstoßen. Verhängt das FBGericht gegen einen Geschäftsführer eine Zwangsstrafe, weil er die von § 127 Abs 16 GmbHHG vorgeschriebene Kapitalerhöhung nicht anmeldet (vgl § 53 Abs 1 GmbHHG), wird sich dieser regelmäßig mit dem

tion für beurkundete Notariatsakte, NZ 1966, 115; *Umfahrer*, GmbHG⁶ Rz 42; *Gruber*, Studien zur Teleologie der notariellen Form, in *Rechberger*, Formpflicht und Gestaltungsfreiheit [2002] 55 [74 f]; vgl *Graschopf*, NZ 1956, 1 [3]; aA *Wagner*, Die Notarspflichten bei Solennisierung, NZ 1976, 129; wohl auch *Wagner/Knechtel*, Notariatsordnung⁶ § 54 NO Rz 9).

⁸⁵ Missverständlich *Reich-Rohrwig*, *ecolex* 2014, 295 (296): „Übergangsvorschriften, dass solche GmbH in zehn Jahren ihr Stammkapital erhöhen müssen oder zwangsweise aufgelöst werden, existieren nicht.“

⁸⁶ Vgl iZm der GmbH-Novelle 1980 *Offer*, Das Übergangsrecht der GmbH-Novelle und seine Auswirkungen auf das Innenrecht der Gesellschaften unter besonderer Berücksichtigung des Treuepflichtgedankens, *Handel-Wirtschaft-Recht* 1985 Heft 2, 13.

⁸⁷ Zum Belastungsschutz siehe zB *K. Schmidt*, *Gesellschaftsrecht*⁴ § 16.III.b.cc; *Walch*, Die subsidiäre Anwendbarkeit des allgemeinen Zivilrechts im GmbHG (in Druck) 45 ff.

⁸⁸ *Walch*, *ecolex* 2014, 335 (339).

⁸⁹ Missverständlich, weil der unrichtige Eindruck entsteht, die Zwangsstrafe würde gegen die Gesellschaft und nicht gegen deren Organe verhängt werden, *Walch*, *ecolex* 2014, 335 (339).

Einwand verteidigen, dass von den Gesellschaftern keine Kapitalerhöhung beschlossen wurde und er sie daher nicht anmelden kann.⁹⁰

Der Einwand könnte dem Geschäftsführer abgeschnitten sein, wenn er die Gesellschafter zu einer Kapitalerhöhung verhalten könnte. Seine Möglichkeiten sind indessen beschränkt. Er könnte verpflichtet sein (§ 25 GmbHHG), eine ao Gesellschafterversammlung einzuberufen (§ 36 GmbHHG) und die Kapitalerhöhung auf die Tagesordnung zu setzen. Stimmen die Gesellschafter gegen die Kapitalerhöhung, müsste er den Beschluss wegen Gesetzwidrigkeit (§ 41 Abs 1 iVm § 127 Abs 16 GmbHHG) anfechten (§ 41 Abs 3 GmbHHG). Für einen Kapitalerhebungsbeschluss müsste er die Beschlussanfechtungsklage mit einer positiven Beschlussfeststellungsklage verbinden, uU verbunden mit einer auf Zustimmung gerichteten Leistungsklage gegen widerstrebende Gesellschafter.⁹¹ Indessen können die Gesellschafter einer Beschlussanfechtung ausweichen, wenn sie einfach nicht über den Tagesordnungspunkt abstimmen. Der Geschäftsführer wird in diesen Fällen keine Kapitalerhöhung durchsetzen können und sich gegen die Verhängung einer Zwangsstrafe mit dem Argument verteidigen, dass er seiner Anmeldepflicht nicht nachkommen kann.

De lege ferenda sollte bis spätestens 1. 3. 2024 jedenfalls geregelt werden, welche Sanktionen drohen, falls eine Gesellschaft ihrer Pflicht zur Kapitalerhöhung nicht nachkommt. Als scharfe Sanktion käme bspw die zwangsweise Auflösung der Gesellschaft in Betracht, wie sie Art III § 8 GmbH-Novelle 1980 (BGBl 1980/320) für Gesellschaften vorsah, die der Pflicht zur Kapitalerhöhung auf S 500.000,- trotz Aufforderung nicht nachkamen. Gegen diese Rechtsfolge spricht, dass eine bereits seit zehn Jahren bestehende Gesellschaft bewiesen hat, dass sie keine besonders hohe Insolvenzanfälligkeit aufweist. Das Mindeststammkapital ist nach hA vor allem eine Seriositätsschwelle.⁹² Bei bereits seit zehn Jahren bestehenden Gesellschaften erscheint die zwangsweise Auflösung als Sanktion eines Verstoßes überschießend, weil die Seriosität der Gründung ohne-

⁹⁰ Vgl in diesem Zusammenhang *Zib* in *Zib/Dellinger*, UGB § 24 FBG Rz 23 f.

⁹¹ Vgl allgemein zur Beschlussanfechtung und Beschlussfeststellung *Harrer* in *Gruber/Harrer*, GmbHG §§ 41, 42 Rz 126 ff; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 41 Rz 54; ausführlich *Thöni*, Rechtsfolgen fehlerhafter GmbH-Gesellschafterbeschlüsse (1998); zur Beschlussfeststellungsklage siehe insb *Thöni*, Zur prozessualen Beseitigung unklarer Beschlussergebnisse im GmbH-Recht, *ÖJZ* 2002, 215; im Detail sind zahlreiche Fragen offen, sodass hier noch Forschungsbedarf besteht, falls der Gesetzgeber nicht vor 1. 3. 2024 eine Regelung trifft.

⁹² Vgl *K. Schmidt*, Zur Zukunft des Eigenkapitalersatzrechts in Österreich, *GesRZ* 2004, 75 (75); *Rüffler*, Gläubigerschutz durch Mindestkapital und Kapitalerhaltung in der GmbH – Überholtes oder sinnvolles Konzept? *GeS* 2005, 140; *Krejci*, Gegen Billig-Gesellschaften m.b.H., *ÖZW* 2008, 39 (42); *Haberer*, *Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht* (2009) 167; siehe auch ErläutRV 2356 BlgNR 24. GP 13.

dies bereits unter Beweis gestellt wurde. Eine ausgeglichene Sanktion könnte bspw eine Gewinnausschüttungssperre sein, solange die Kapitalerhöhung nicht vorgenommen wurde, verbunden mit einem zwingend zu führenden Rechtsformzusatz, der auf die Nichteinzahlung hinweist (bspw „GmbH mit nicht voll aufgebrachtem Stammkapital“).

S. Zusammenfassung wichtiger Ergebnisse in Thesen

- Möchten Gesellschafter in den Genuss der Gründungsprivilegierung nach § 10b GmbHG gelangen, müssen sie zwei Voraussetzungen erfüllen. Aus dem Gesellschaftsvertrag muss sich zweifelsfrei ergeben, (1) dass die Gründungsprivilegierung in Anspruch genommen wird und (2) welcher Teil der Stammeinlage während aufrechter Gründungsprivilegierung einfordern ist. Aus kautelarjuristischer Sicht empfiehlt sich eine eindeutige Regelung.
 - Bei der Gründung einer gründungsprivilegierten GmbH sind Sacheinlagen generell unzulässig. Bei einer späteren Kapitalerhöhung sind sie dagegen zulässig.
 - Die gründungsprivilegierte Stammeinlage ist jener Teil der gesamten übernommenen Stammeinlage, den die Gesellschaft während aufrechter Gründungsprivilegierung von den Gesellschaftern einfordern kann. Sie entspricht funktional der Stammeinlage bei einer „gewöhnlichen“ GmbH.
 - Gesellschafterrechte wie bspw das Stimmrecht bemessen sich vorbehaltlich einer abweichenden Vereinbarung nach der gesamten übernommenen, nicht nach der gründungsprivilegierten Stammeinlage.
 - Während aufrechter Gründungsprivilegierung sind viele Bestimmungen, welche die Kapitalaufbringung sicherstellen sollen, nur auf das einfordernbare Stammkapital anwendbar. Das gilt bspw für die Rechtsvormännerhaftung und die Ausfallhaftung der Mitgesellschafter.
 - Bei einem Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr trifft die Mitgesellschafter uU eine Ausfallhaftung gem § 83 Abs 2 und Abs 3 GmbHG.
- Diese ist uE mit dem Betrag des einfordernbaren Stammkapitals – idR € 10.000,- – begrenzt.
- Die nicht-einfordernbare Stammeinlage – das ist die Differenz zwischen gesamter und gründungsprivilegierter Stammeinlage – entsteht bereits mit der Übernahme der gesamten Stammeinlagen durch die Gesellschafter. Sie kann ge- und verpfändet werden. In der Insolvenz der Gesellschaft kann die nicht-einfordernbare Stammeinlage nicht von den Gesellschaftern eingefordert werden.
 - Bei Umgründungen unterscheidet sich die gründungsprivilegierte GmbH grds nicht von anderen GmbHs. Einschränkungen ergeben sich durch das Sacheinlageverbot und durch das Verbot, die Gründungsprivilegierung nach Eintragung der GmbH im Firmenbuch in Anspruch zu nehmen.
 - Nach Wegfall der Gründungsprivilegierung wird die Differenz zwischen eingezahlter Stammeinlage und den Mindesteinzahlungserfordernissen gem § 10 Abs 1 GmbHG sofort fällig. Geschäftsführer sind verpflichtet, die fälligen Stammeinlagen einzutreiben. Das FBGericht kann mit Zwangsstrafen gegen nachlässige Geschäftsführer vorgehen.
 - Die vereinfachte Gründung gem § 5 Abs 8 NTG ist im Vergleich mit der Rechtslage nach dem GesRÄG 2013 attraktiver geworden. Dennoch ist sie nur ganz ausnahmsweise zu empfehlen.
 - GmbHs, deren Stammkapital € 35.000,- nicht erreicht, müssen bis 1. 3. 2024 eine nominelle oder ordentliche Kapitalerhöhung auf € 35.000,- oder einen höheren Betrag durchführen. De lege ferenda sollte eine Sanktion für Gesellschaften vorgesehen werden, die dieser Pflicht nicht nachkommen.

Über die Autoren:

Univ.-Prof. Dr. Alexander Schopper ist Inhaber eines Lehrstuhls für Unternehmensrecht am Institut für Unternehmens- und Steuerrecht der Universität Innsbruck.

MMag. Dr. Mathias Walch ist am selben Institut als Universitätsassistent tätig.