

ten Verbindung und Interessenabwägung geprägt ist, und finden sich Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit als allgemeine Ziele sowohl in den Rechtsakten des IZVR als auch des IPR. Der Gerichtshof ignoriert auch die genetische Verwandtschaft und das Zusammenspiel der Schwesterverordnungen Brüssel I, Rom I und Rom II im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts und den Wunsch des Unionsgesetzgebers, deren Begriffe systembildend auszulegen.

In casu war ein Abstellen auf den Herstellungsort keinesfalls zwingend. Ob das wortkarge Urteil der Bedeutung des internationalen Produkthaftungsrechts gerecht wird und die Mobilität von Produzenten und Personen ausreichend berücksichtigt, darf bezweifelt werden.

Christoph Schmon

Mag. Christoph Schmon ist RAA bei Fellner Wratzfeld & Partner Rechtsanwälte GmbH und war Univ.-Ass. am Institut für Europarecht, Internationales Recht und Rechtsvergleichung der Universität Wien.

Die gründungsprivilegierte GmbH nach dem Abgabenänderungsgesetz 2014

Der Beitrag behandelt Neuerungen für die gründungsprivilegierte GmbH, die sich durch das Abgabenänderungsgesetz 2014 (BGBl I 2014/13 – AbgÄG 2014) ergeben.

MATHIAS WALCH

A. AbgÄG 2014

Das GesRÄG 2013 (BGBl I 2013/109) senkte das Mindeststammkapital für die GmbH von € 35.000,- auf € 10.000,-.¹⁾ Aus staatsbudgetären Gründen wird das Mindeststammkapital nun wenige Monate später wieder auf € 35.000,- erhöht, um durch das GesRÄG 2013 bedingte Steuerausfälle zu vermeiden.²⁾ Die mit dem GesRÄG 2013 angestrebte Förderung von GmbH-Neugründungen soll jedoch beibehalten werden.³⁾ Das AbgÄG 2014 muss den Spagat zwischen beiden Zielen meistern.

B. § 10 b GmbHG

Kern der GmbH-rechtlichen Neuerungen ist der neu eingefügte § 10 b GmbHG. Das Mindeststammkapital der GmbH beträgt – wie vor dem GesRÄG 2013 – € 35.000,- (§ 6 Abs 1 GmbHG). Bei der Gründung der GmbH – nicht aber durch eine nachträgliche Satzungsänderung – kann im Gesellschaftsvertrag vorgesehen werden, dass eine Gründungsprivilegierung gem § 10 b GmbHG in Anspruch genommen wird. Aus dieser Gründungsprivilegierung folgt, dass abweichend von § 10 Abs 1 und § 63 Abs 1 GmbHG auf das Stammkapital zunächst nur mindestens € 5.000,- (statt € 17.500,-) bar eingezahlt werden müssen und die Gesellschaft während aufrechter Gründungsprivilegierung nur weitere € 5.000,- von den Gesellschaftern fordern kann.⁴⁾ Bei einer einfachen Gründung nach § 5 Abs 8 NTG gelten weiterhin deutlich reduzierte Notarkosten. Ansonsten erhöhen sich diese aufgrund des höheren Mindestkapitals gegenüber den Notarkosten bei der 10.000-Euro-GmbH des GesRÄG 2013.

C. Gründungsprivilegierte Stammeinlage

1. Neuer Begriff im GmbH-Recht

Neu eingeführt wird der Begriff der „gründungsprivilegierten“ Stammeinlage (idF: StE) neben der „eigentlichen“ StE. Während aufrechter Gründungsprivilegierung sind die Gesellschafter nur zur Leistung der gründungsprivilegierten StE verpflichtet. Die Differenz zwischen StE und gründungsprivilegierter StE kann von der Gesellschaft nicht eingefordert werden. Sie ist zwar entstanden, aber nicht fällig.⁵⁾

Der Gesellschaftsvertrag muss für „jeden“ Gesellschafter die Höhe der gründungsprivilegierten StE festsetzen (§ 10 b Abs 2 GmbHG). Es gibt kein Nebeneinander von Gesellschaftern mit und ohne privilegiierter StE. Möchte ein einzelner Gesellschafter die Gründungsprivilegierung faktisch nicht in Anspruch nehmen, muss er seine privilegierte StE so festlegen, dass sie der „gewöhnlichen“ StE entspricht.

Die privilegierte StE kann maximal gleich hoch sein wie die „eigentliche“ StE, ist aber in aller Regel niedriger.⁶⁾ Mindesthöhe und Mindesteinzahlung ergeben sich aus § 6 Abs 1 und § 10 Abs 1 GmbHG,

MMag. Dr. Mathias Walch ist als Universitätsassistent am Institut für Unternehmens- und Steuerrecht der Universität Innsbruck tätig.

1) Vgl ErläutRV 2356 BlgNR 24. GP 12 f.

2) Vgl ErläutRV 24 BlgNR 25. GP 27.

3) Siehe FN 2.

4) Falls die Summe der privilegierten Stammeinlagen (dazu sogleich) mehr als € 10.000,- beträgt, erhöht sich auch der Betrag, den die Gesellschaft einfordern kann (Summe der Stammeinlagen abzüglich dem bereits eingezahlten Teil). In der Praxis dürfte die Summe der Stammeinlagen meist € 10.000,- und der darauf eingezahlte Teil € 5.000,- betragen, sodass weitere € 5.000,- eingefordert werden können.

5) Dazu noch unten Pkt C.2.

6) ErläutRV (FN 2) 28.

GESELLSCHAFTS-
RECHT
GELEITET VON
J. REICH-ROHRWIG

wonach jede StE mindestens € 70,- betragen und auf jede StE mindestens € 70,- eingezahlt werden muss.

Nach § 10 b Abs 3 letzter Satz GmbHG sind Sacheinlagen ausgeschlossen. Die Materialien stellen klar, dass Sacheinlagen nicht nur etwa für die gründungsprivilegierte StE, sondern jedenfalls, dh auch hinsichtlich des nicht-privilegierten Teils der StE, ausgeschlossen sind.⁷⁾

Bei mehreren Gesellschaftern müssen sich gründungsprivilegierte und „eigentliche“ StE nicht im gleichen Verhältnis zueinander befinden. Bei zwei Gesellschaftern kann bspw ein Gesellschafter eine StE in Höhe von € 20.000,- übernehmen, aber nur eine privilegierte StE in Höhe von € 1.000,-, während der andere Gesellschafter eine 15.000-Euro-StE und eine privilegierte StE in Höhe von € 9.000,- übernimmt. Soweit nichts anderes vereinbart ist, sind die Einzahlungen auf die privilegierten StE von sämtlichen Gesellschaftern nach Verhältnis ihrer übernommenen privilegierten StE zu leisten (§ 63 Abs 2 GmbHG). Das Stimmrecht (§ 39 Abs 1 GmbHG) bemisst sich nicht nach der privilegierten, sondern nach der gesamten übernommenen StE.

2. Kritik

§ 10 b GmbHG ist zu kompliziert geraten. Der Gesetzgeber ging nicht den naheliegenden, verfassungsrechtlich ohne weiteres zulässigen Weg,⁸⁾ für die gründungsprivilegierte GmbH während der ersten zehn Jahre ein Mindeststammkapital von € 10.000,- und anschließend € 35.000,- vorzusehen. In diesem Fall würde ein Teil der Stammeinlageverpflichtung von Gesetzes wegen aufschiebend bedingt entstehen. Stattdessen beträgt das Mindeststammkapital von Anfang an € 35.000,-, dh die Einlagepflicht der Gesellschafter entsteht bereits mit der Errichtung der Gesellschaft (Abschluss des Gesellschaftsvertrags) in voller Höhe.⁹⁾ Ein Teil des Mindeststammkapitals kann jedoch von der Gesellschaft nicht fällig gestellt werden, weil § 10 b Abs 4 GmbHG als *lex specialis* der Anwendbarkeit des § 63 Abs 1 GmbHG entgegensteht. § 10 b Abs 4 GmbHG schiebt die Fälligkeit eines Teils der StEforderung auf den Zeitpunkt des Wegfalls der Gründungsprivilegierung hinaus. In den Materialien wird zwar behauptet, dass eine über die privilegierte StE hinausgehende Forderung der Gesellschaft vor dem Wegfall der Gründungsprivilegierung noch gar nicht *entstanden* sei.¹⁰⁾ Dies spiegelt sich jedoch im Gesetzeswortlaut nicht wider. Würde man dieser Ansicht folgen, setzte man sich in Widerspruch zu Grundsätzen des allgemeinen Zivilrechts: (1) Die Einlageforderung entsteht durch ein Rechtsgeschäft (§ 859 ABGB). (2) Ein Rechtsgeschäft kommt durch zumindest eine Willenserklärung zustande.¹¹⁾ (3) Diese Willenserklärung ist das im Rahmen des Abschlusses des Gesellschaftsvertrags abgegebene Leistungsversprechen des Gesellschafters (§ 4 Abs 1 Z 4 GmbHG). Ohne eine Bestimmung im GmbHG, die eine Abweichung von zivilrechtlichen Grundsätzen anordnet, lässt sich solch eine systemwidrige Abweichung methodisch nicht begründen.¹²⁾

Hintergrund der kritikwürdigen Regelung eines zum Teil von der Gesellschaft nicht fällig stellbaren Mindeststammkapitals war wohl ursprünglich das fi-

nanzpolitische Ziel, die Gesellschafter zwar in den Genuss einer geringen Einzahlung auf das Stammkapital kommen zu lassen, dem Fiskus jedoch Steuereinnahmen (via Mindest-KöSt) auf Basis eines Mindeststammkapitals von € 35.000,- zu sichern.¹³⁾ Besser wäre es gewesen, dieses finanzpolitische Ziel durch eine Regelung im KStG zu verwirklichen und nicht im GmbHG. Im AbgÄG 2014 wurde die Mindest-KöSt für neu gegründete GmbH nunmehr ohnehin gesondert in § 24 Abs 4 Z 3 KStG geregelt, was weitere Zweifel an der Zweckmäßigkeit der komplizierten Regelung in § 10 b GmbHG nährt.

3. Insolvenz der Gesellschaft während aufrechter Gründungsprivilegierung

Die Regelung könnte künftig zu Rechtsfolgen führen, die vom Reform-Gesetzgeber nicht mitbedacht wurden. Eine drängende Problematik, die noch im Ministerialentwurf (idF: MEntw) ungeregt war, hat der Gesetzgeber noch rechtzeitig erkannt und beseitigt. In der Insolvenz der Gesellschaft wird die Verpflichtung zur Einzahlung von bisher nicht voll einbezahlten StE mit der Insolvenzeröffnung fällig, ohne dass es eines Einforderungsbeschlusses bedarf.¹⁴⁾ Das könnte sich als Haftungsfälle für die Gesellschafter erweisen, wenn sie in der Insolvenz der Gesellschaft statt der zusätzlichen € 5.000,- (Pkt 8) zusätzlich € 30.000,-¹⁵⁾ einzahlen müssten. § 10 b Abs 4 letzter Satz GmbHG sieht daher vor, dass die Gründungsprivilegierung auch in der Insolvenz der Gesellschaft gilt. Gesellschaftsgläubiger können in der Insolvenz der Gesellschaft – wie bei der Rechtslage nach dem GesRÄG 2013 – lediglich auf einen Haftungsfonds in Höhe von € 10.000,- zugreifen.

7) ErläutRV (FN 2) 28.

8) Vgl dazu die verfassungsrechtlichen Bedenken, die den Gesetzgeber beim GesRÄG 2013 veranlassten, bereits gegründeten Gesellschaften die Möglichkeit zur Kapitalherabsetzung auf € 10.000,- zu ermöglichen (ErläutRV 2356 BlgNR 24. GP 15); eine Regelung, die für neu gegründete GmbH während der ersten zehn Jahre ein Mindeststammkapital in Höhe von € 10.000,- vorsieht, wäre diesen verfassungsrechtlichen Bedenken aufgrund der zeitlichen Begrenzung mE jedenfalls nicht ausgesetzt.

9) Schopper in Straube, GmbHG § 63 Rz 17; Baier in Gruber/Harrer, GmbHG § 63 Rz 11.

10) ErläutRV (FN 2) 28.

11) P. Bydliński, Bürgerliches Recht I⁶ Rz 513; Leenen, BGB Allgemeiner Teil (2011) § 4 Rz 101.

12) Aus methodischer Sicht handelt es sich bei der Materialienstelle um eine Materialie „*praeter verba legis*“ (Kramer, Juristische Methodenlehre 145 f). Sie hat im Gesetz keinen Ausdruck gefunden und ist daher normativ unverbindlich (Kramer, aaO; vgl iZm der Verbindlichkeit von Materialien für die *ratio legis Canaris*. Das Rangverhältnis der „klassischen“ Auslegungskriterien, demonstriert an Standardproblemen aus dem Zivilrecht, in FS Medicus [1999] 25 [55]; aus der dRsp zB BVerwG 21. 2. 2013, 5 C 9/12 NVwZ 2013, 867). Ihr kommt bei der Auslegung des Gesetzes allenfalls die Rolle eines Abwägungselements zu (vgl *Canaris*, aaO; *Fleischer* in *Fleischer* (Hrsg), *Mysterium „Gesetzesmaterialien“* [2013] 1, 19).

13) Vgl *Krejci*, Stellungnahme zum Entwurf des Abgabenänderungsgesetzes S 5, abrufbar unter www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXX/SNME/SNME_00080/index.shtml

14) OGH 21. 12. 2000, 8 Ob 277/00 v ecolex 2001/184; der Hinweis in den Mat auf § 14 Abs 2 IO ist verfehlt, weil sich die Bestimmung nicht auf Aktivforderungen der Masse bezieht (*Bollenberger*, RdW 1995, 252).

15) € 35.000,- abzüglich der bereits eingezahlten € 5.000,-.

4. Insolvenz des Gesellschafters während aufrechter Gründungsprivilegierung

§ 10 b Abs 4 letzter Satz GmbHG gilt nach dem Wortlaut nur für die Insolvenz der Gesellschaft. Wird ein Gesellschafter insolvent, ist gem § 14 Abs 2 IO sofort die ganze offene StE fällig. Die Gesellschaft kann in diesem Fall den Geschäftsanteil kaduzieren, eine Vormännerhaftung geltend machen, den Geschäftsanteil verkaufen und die Mitgesellschafter zur Haftung für den Ausfall heranziehen (§§ 66 ff GmbHG). Die Verpflichteten haften nicht nur für die privilegierte, sondern für die gesamte StE des insolventen Gesellschafters. Für einen 50%-Gesellschafter einer gründungsprivilegierten GmbH kann dies bspw bedeuten, dass ihn uU eine Ausfallhaftung in Höhe von € 15.000,- trifft,¹⁶⁾ falls der andere 50%-Gesellschafter insolvent wird. Das widerspricht dem Zweck des § 10 b Abs 4 GmbHG, die Haftung der Gründungsgesellschafter für die ersten zehn Jahre auf € 10.000,- zu begrenzen. De lege lata kann diesem Auslegungsergebnis allenfalls durch eine teleologische Extension ausgewichen werden.¹⁷⁾ Der Wortlaut des § 10 b Abs 4 letzter Satz GmbHG ist zu eng, weil nach dessen ratio auch die *Gesellschafterinsolvenz* erfasst sein müsste. Ganz allgemein setzt eine teleologische Extension eine planwidrige Gesetzeslücke voraus.¹⁸⁾ Diese könnte sich daraus ergeben, dass der Gesetzgeber ausweislich der Materialien offenbar davon ausging, die StE sei in Höhe der Differenz zwischen „gewöhnlicher“ StE und privilegierter StE noch nicht „entstanden“ und § 10 b Abs 4 letzter Satz GmbHG habe nur klarstellenden Charakter.¹⁹⁾

5. 1.000.000-Euro-GmbH mit € 5.000,- eingezahltem Kapital

Eine weitere kritikwürdige Folge der Regelung ist, dass GmbH-Gründer eine GmbH mit einem Mindeststammkapital von € 1.000.000,- und mehr gründen können und während aufrechter Gründungsprivilegierung nur für insgesamt € 10.000,- entstehen müssen. § 10 b GmbHG trifft keine Regelung betreffend das Verhältnis zwischen „gewöhnlichem“ und privilegiertem Mindeststammkapital, sodass solche unausgewogenen Verhältnisse vorbehaltlich der weiten und unbestimmten Schranken des Rechtsmissbrauchs und der Sittenwidrigkeit zulässig sind. Vor allem im Hinblick auf die eingeschränkte Publizität der Gründungsprivilegierung (dazu noch Pkt D.) ist dies bedenklich.

6. Gesonderter Ausweis der privilegierten Stammeinlage in der Bilanz

Das AbgÄG 2014 lässt offen, wie die privilegierte StE bilanziell ausgewiesen wird (vgl dazu § 229 UGB). Sie wird wohl gegenüber der „gewöhnlichen“ StE gesondert auszuweisen und entsprechend zu bezeichnen sein.

7. Privilegierte Stammeinlage bei Prüfung der insolvenzrechtlichen Überschuldung

Bei der Prüfung der rechnerischen Überschuldung zu Liquidationswerten im Rahmen der Prüfung der

insolvenzrechtlichen Überschuldung gem § 67 IO ist zu beachten,²⁰⁾ dass nur der gründungsprivilegierte Teil der Stammeinlage als Vermögenswert herangezogen werden darf. Die Prüfung der rechnerischen Überschuldung zu Liquidationswerten soll va Aufschluss darüber geben, ob die Gläubiger im Fall der Auflösung zu 100% befriedigt werden könnten.²¹⁾ Da der nicht-privilegierte Teil der StE bei einer Liquidation oder Insolvenz vor Wegfall der Gründungsprivilegierung nicht geltend gemacht werden kann, muss er mit einem Wert von Null veranschlagt werden.

8. Einforderung der offenen privilegierten Stammeinlage

Wann die weitere Einzahlungsverpflichtung in Höhe von € 5.000,- fällig wird, richtet sich entweder nach dem Gesellschaftsvertrag oder nach dem Beschluss der Gesellschafter (§ 63 Abs 1 und § 35 Abs 1 Z 2 GmbHG).²²⁾ Die Gesellschafter haben es weitgehend in der Hand, ob die zusätzlichen € 5.000,- tatsächlich eingefordert werden.²³⁾

Die Regelung ist offenbar ein Überbleibsel des GesRÄG 2013.²⁴⁾ Ein Vorteil dieser Regelung ist, dass die Gesellschaft die Möglichkeit hat, kurzfristige Kapital von ihren Gesellschaftern zu erhalten, wenn die eingezahlten € 5.000,- den Finanzbedarf nicht decken. Zudem gelten die zusätzlichen € 5.000,- an offenen Einlagen als Vermögenswert der Gesellschaft, der dazu führt, dass die Gesellschaft nicht so rasch überschuldet ist wie bei € 5.000,- („effektivem“) Stammkapital (vgl Pkt 7.). Im Ergebnis ist die Regelung mE gelungen.

16) Annahme: Je Gesellschafter € 17.500,- übernommen und € 2.500,- bereits eingezahlt.

17) Vgl zur teleologischen Extension *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz² (1983) 89 ff; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft⁶ 397; krit *F. Bydlinski* in *Rummel*, ABGB³ § 7 Rz 3.

18) Vgl allgemein *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre² 473; die teleologische Extension kann ganz allgemein nicht nur zur Ausfüllung der Lücke, sondern auch zu deren Feststellung dienen (*Canaris* [FN 17], aaO). Würden allerdings bei einem jungen Gesetz (sodass ein Bedeutungswandel ausgeschlossen ist) der Wortlaut und der aus den Materialien folgende Wille des Gesetzgebers übereinstimmen, wäre für eine ergänzende Rechtsfortbildung mittels teleologischer Extension kein Raum (vgl dazu *F. Bydlinski*, aaO 475 und 568; vgl auch iZm der Analogie *Rüffler*, Lücken im Umgründungsrecht [2002] 15).

19) ErläutRV (FN 2) 28.

20) Vgl statt aller *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, KO § 67 Rz 36.

21) *Dellinger* (FN 20) aaO.

22) *Schopper* in *Straube*, GmbHG § 63 Rz 27; aa, wonach die Satzung jedenfalls die Fälligkeit der Resteinslagen vorzusehen habe, weil ansonsten ein Konflikt mit dem Stundungsverbot gem § 63 Abs 3 GmbHG drohe, *Harrer* in *WS Aicher* (2012) 238 in FN 14; *ders* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 35 Rz 40 in FN 87. Der Ansicht *Harrers* widerspricht der historische Gesetzgeberwille (ErläutRV 236 BlgHH 17. Sess 69). Zudem bestehen bedeutende Unterschiede zwischen Stundung und Nichtfälligkeitstellung einer Forderung, sodass der von *Harrer* angenommene Konflikt nicht besteht (näher *Schopper* in *Straube*, GmbHG [Neuaufgabe; erscheint 2014] § 63 Rz 27 a).

23) Zur Rechtslage bei der Insolvenz über das Vermögen der GmbH vgl *Schopper* in *Straube*, GmbHG § 63 Rz 33 und Rz 76.

24) Ähnlich zum MEntw *Schauer/Motallea*, Stellungnahme zum Abgabenänderungsgesetz 2014 S 2, abrufbar unter www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/SNME/SNME_00146/imfname_338467.pdf

D. Kein Hinweis auf Gründungsprivilegierung

1. Kritik

Kritikwürdig ist, dass eine GmbH nicht auf die Gründungsprivilegierung hinweisen muss. Der MEntw sah den zwingenden Firmenzusatz „(gründungsprivilegiert)“ vor, die RV zumindest einen Hinweis auf die Gründungsprivilegierung auf den Geschäftsbriefen, Bestellscheinen und Webseiten der Gesellschaft (§ 14 Abs 1 UGB). Offenbar unter dem Druck der Wirtschaft wurde beides im AbgÄG 2014 gestrichen.²⁵⁾ Ebenso wenig müssen GmbH, die nach dem GesRÄG 2013 privilegiert sind, auf diesen Umstand hinweisen.

2. Rechtsscheinhaftung

Verzichtet die gründungsprivilegierte Gesellschaft darauf, auf die Privilegierung hinzuweisen, könnte ein handelnder Geschäftsführer oder Prokurist uU aus veranlasstem Rechtsschein haften. Nach dem BGH haftet ein Geschäftsführer einer Unternehmungsgesellschaft (haftungsbeschränkt) persönlich, wenn er den Rechtsschein einer GmbH erzeugt.²⁶⁾ Die Führung des Rechtsformzusatzes „GmbH“ reicht dafür nach öRechtslage nicht, weil für die gründungsprivilegierte GmbH abweichend von der dRechtslage kein eigener Rechtsformzusatz vorgesehen ist. Der fehlende Hinweis auf die Gründungsprivilegierung auf den Geschäftspapieren genügt für sich in aller Regel ebenfalls nicht für eine Rechtsscheinhaftung, weil die Gründungsprivilegierung im FB offengelegt wird und keine Pflicht zur Veröffentlichung auf den Geschäftspapieren besteht. Eine Rechtsscheinhaftung kommt wohl nur in Betracht, wenn ein konkreter Vertrauensstatbestand die Einsichtnahme in das FB entbehrlich erscheinen lässt.²⁷⁾

E. Keine Pflicht zur Bildung einer Gewinnrücklage

Während MEntw und RV noch eine Pflicht zur Bildung einer Gewinnrücklage vorsahen, enthält das AbgÄG 2014 keine diesbezügliche Regelung. Die offenbar an die deutsche Unternehmungsgesellschaft (haftungsbeschränkt) angelehnte Regelung (§ 5 a Abs 3 dGmbHG) wäre für die österr gründungsprivilegierte GmbH nicht zweckmäßig. Bei der Unternehmungsgesellschaft (haftungsbeschränkt) in Deutschland sorgt die gesetzliche Rücklage für ein nachträgliches Ansammeln von Kapital.²⁸⁾ Bei der österr GmbH sichert dagegen der ipso-iure-Wegfall der Gründungsprivilegierung nach zehn Jahren (Pkt G.) die nachträgliche Kapitalaufholung.

Aus steuerlicher Sicht ist die Änderung gegenüber MEntw und RV für die Gesellschafter ungünstig. Sie dürfen keine Gewinnrücklage mit der StE verrechnen, sondern müssen Einzahlungen auf die StE aus ihrem Privatvermögen leisten und uU zunächst Gewinne KESt-pflichtig ausschütten.

F. Übertragung eines Geschäftsanteils

Ein Gesellschafter kann seinen Geschäftsanteil auch während aufrechter Gründungsprivilegierung gemäß

den §§ 76 ff GmbHG übertragen. Möchte er nur einen Teil seines Geschäftsanteils abtreten, setzt die Übertragung eine vorangehende Teilung gem § 79 GmbHG voraus. Bei dieser Teilung hat der Gesellschafter mE keine Wahlfreiheit, wie sich die privilegierte StE aufteilt. Sie geht pro rata auf die beiden neuen Teile über.²⁹⁾ Erwirbt ein Gesellschafter einen zusätzlichen Geschäftsanteil, wächst dieser – auch bei unterschiedlicher Höhe der übernommenen privilegierten StE – dem bereits bestehenden Geschäftsanteil an (§ 75 Abs 2 GmbHG).

G. Ende der Gründungsprivilegierung

Die Gründungsprivilegierung kann durch eine Änderung des Gesellschaftsvertrags beendet werden, sofern die Mindesteinzahlungserfordernisse nach § 10 Abs 1 GmbHG erfüllt sind (§ 10 b Abs 5 GmbHG). Unabhängig davon endet sie jedenfalls nach zehn Jahren ab Eintragung im FB. Aus methodischer Sicht folgt aus dem Ende der Gründungsprivilegierung, dass § 10 Abs 1 und § 63 Abs 1 GmbHG nicht mehr durch die lex specialis § 10 b GmbHG (teilweise) verdrängt werden und uneingeschränkt zur Anwendung gelangen. Die Mindesteinzahlungsverpflichtung beträgt nunmehr € 17.500,–³⁰⁾ und die Gesellschaft ist berechtigt, die gesamte offene StE fällig zu stellen.

§ 10 b GmbHG lässt offen, ob der auf € 17.500,– fehlende Betrag sofort nach Wegfall der Gründungsprivilegierung fällig ist oder ob es eines Einforderungsbeschlusses (§ 63 Abs 1 GmbHG) sowie einer Zahlungsaufforderung durch den Geschäftsführer (vgl § 65 Abs 2 GmbHG) bedarf. ME ergibt sich aus § 10 Abs 1 GmbHG, dass die Mindesteinzahlungsverpflichtung bei einer eingetragenen GmbH ohne Einforderungsbeschluss fällig ist („müssen [...] einbezahlt sein“).³¹⁾ § 10 Abs 1 GmbHG wird während aufrechter Gründungsprivilegierung durch § 10 b Abs 3 GmbHG verdrängt (lex specialis). Nach Wegfall des § 10 b Abs 3 GmbHG gilt § 10 Abs 1 GmbHG für die ehemals gründungsprivilegierte GmbH. Eines rekommandierten Schreibens des Geschäftsführers (vgl § 65 Abs 2 GmbHG) bedarf es zur Fälligkeitstellung nicht, wenn die Pflicht zur Zahlung der Einlage in der Satzung ausreichend bestimmt ist.³²⁾ Im Zweifel und in der Praxis empfiehlt sich eine Zahlungsaufforderung.

25) Vgl. allerdings nur bezogen auf den Wegfall des zwingenden Rechtsformzusatzes ErläutRV (FN 2) 29.

26) BGH 12. 6. 2012, II ZR 256/11 NJW 2012, 287 f.; dazu krit Altmeyen, NJW 2012, 2833.

27) Vgl idZ treffend Zib in Zib/Dellinger, UGB § 15 Rz 114 ff.

28) Vgl Paara in Ulmer/Habersack/Löbke, GmbHG² Rz 42.

29) Vgl ausführlich zur ähnlichen Aufteilung der offenen Einlageverbindlichkeit Schopper in Gruber/Harrer, GmbHG § 79 Rz 21.

30) Bei einem Stammkapital von € 35.000,–.

31) Anders ist die Rechtslage im Gründungsstadium, wo § 63 Abs 1 GmbHG anwendbar ist (Geist/Karollus, JBl 1996, 531; Schopper in Straube, GmbHG § 63 Rz 20; Baier in Gruber/Harrer, GmbHG § 63 Rz 14; aA OGH 13. 7. 1995, 6 Ob 570/94; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 10 Rz 5; F. Schuhmacher in Torggler, GmbHG § 63 Rz 5).

32) Vgl dazu Schopper in Straube, GmbHG § 63 Rz 25.

Der Geschäftsführer ist verpflichtet, den auf das Mindestkapital fehlenden Betrag einzutreiben (§ 25 GmbHG).³³⁾

H. Kapitalerhöhung bei bestehenden GmbH bis 1. 3. 2024

GmbH, deren Stammkapital aufgrund der Rechtslage nach dem GesRÄG 2013 weniger als € 35.000,- beträgt, müssen gem § 127 Abs 16 GmbHG eine Kapitalerhöhung auf € 35.000,- oder einen höheren Betrag durchführen. Anders als bei der gem § 10 b GmbHG gründungsprivilegierten GmbH (Pkt G.) schulden die Gesellschafter vor einer Kapitalerhöhung keinen über € 10.000,- hinausgehenden Betrag.

§ 127 Abs 16 GmbHG regelt nicht, welche Sanktion droht, wenn die Gesellschaft ihrer Pflicht zur Kapitalerhöhung nicht nachkommt. Ganz allgemein käme eine Löschung der Gesellschaft gem § 10 Abs 2 FBG in Betracht. Allerdings regelt § 10 Abs 3 FBG nach einem Teil der Lehre die Nichtigerklärung einer GmbH abschließend.³⁴⁾ Der Gesetzgeber hat die Gründe, nach denen eine Gesellschaft für nichtig erklärt (= aufgelöst) werden kann, im Interesse des Bestandschutzes in § 216 AktG und auch – auf das AktG verweisend – in § 10 Abs 3 FBG stark begrenzt. Dieser Wertung darf nicht mittels Rückgriff

auf § 10 Abs 2 FBG ausgewichen werden.³⁵⁾ Das FBGericht kann daher lediglich mittels Zwangsstrafen gegen die Gesellschaft vorgehen, die bei entsprechend weiter Auslegung des Begriffs „Anmeldung“ in § 24 FBG verhängt werden dürfen.

33) Vgl (zum MEntw) *Hirschfeld*, GmbHR 2014, 196 (197).

34) *Kodek* in *Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG § 10 Rz 65; *Zib* in *Zib/Dellinger*, UGB § 10 FBG Rz 56; *Gelter* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 84 Rz 34; *Diregger* in *Doralt/Nowotny/Kals*, AktG² § 216 Rz 39; aA *Auer*, wbl 2001, 245 (248); *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 84 Rz 15; *Zehetner* in *Straube*, GmbHG § 84 Rz 63.

35) Die Gegenansicht (s FN 34) konfiguriert allerdings nicht mit Art 12 Publizitätsrichtlinie (RL 2009/101/EG) (insoweit zutr *Zehetner* [FN 34] aaO; aA *Gelter* [FN 34] aaO); vgl treffend zum Verhältnis des § 10 Abs 3 zur Publizitäts-RL *Zib* in *Zib/Dellinger*, UGB § 10 FBG Rz 47; in concreto könnte eine richtlinienkonforme Auslegung wohl ohnehin erreicht werden, wenn man § 127 Abs 16 GmbHG unter den Nichtigkeitsgrund des Art 12 lit b Pkt iv PublizitätsRL subsumiert.

SCHLUSSTRICH

Im Großen und Ganzen sind die GmbH-rechtlichen Neuerungen durch das AbgÄG 2014 zu begrüßen. Allerdings wirken einige Regelungen noch etwas unausgereift und eine Reform der Reform der Reform könnte bald anstehen.

MUSTER

JOHANNES REICH-ROHRWIG

FIRMENBUCHHEINGABE FÜR NEU GEGRÜNDETE GRÜNDUNGSPRIVILEGIERTE GMBH

Gebührenfrei gemäß Neugründungs-Förderungsgesetz

PER WEB-ERV

An das
Handelsgericht Wien
Firmenbuch
Marxergasse 1 a
1030 Wien

Einschreiter: **Max Mustermann**,
geboren am 1. 1. 1990
Mustermannstraße 1
1010 Wien
als selbständig vertretungsbefugter Geschäftsführer der
Mustermann GmbH,
Mustermannstraße 1
1010 Wien

wegen: Neugründung einer GmbH

Univ.-Prof. Dr. Johannes Reich-Rohrwig ist Rechtsanwalt in Wien und Partner von CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH.