

Ergänzungsheft zu  
Gruber/Harrer (Hrsg)

# GmbHG

zum neuen  
§ 10b GmbHG  
Gründungsprivilegierte GmbH

**Linde**



### Gründungsprivilegierung

**§ 10b.** (1) Im Gesellschaftsvertrag, nicht jedoch durch eine Abänderung des Gesellschaftsvertrags (§ 49), kann vorgesehen werden, dass die Gesellschaft die Gründungsprivilegierung nach Maßgabe der folgenden Absätze in Anspruch nimmt.

(2) Im Gesellschaftsvertrag ist für jeden Gesellschafter auch die Höhe seiner gründungsprivilegierten Stammeinlage festzusetzen, die nicht höher als die jeweils übernommene Stammeinlage sein darf. Die Summe der gründungsprivilegierten Stammeinlagen muss mindestens 10 000 Euro betragen.

(3) Auf die gründungsprivilegierten Stammeinlagen müssen abweichend von § 10 Abs. 1 insgesamt mindestens 5 000 Euro bar eingezahlt werden. Sacheinlagen sind ausgeschlossen.

(4) Während aufrechter Gründungsprivilegierung sind die Gesellschafter abweichend von § 63 Abs. 1 nur insoweit zu weiteren Einzahlungen auf die von ihnen übernommenen Stammeinlagen verpflichtet, als die bereits geleisteten Einzahlungen hinter den gründungsprivilegierten Stammeinlagen zurückbleiben. Dies gilt auch für den Fall, dass während aufrechter Gründungsprivilegierung ein Insolvenzverfahren über das Vermögen der Gesellschaft eröffnet wird.

(5) Die Gründungsprivilegierung gemäß Abs. 2 bis 4 kann durch eine Änderung des Gesellschaftsvertrags beendet werden, wobei vor Anmeldung der Änderung zum Firmenbuch (§ 51) die Mindesteinzahlerfordernisse nach § 10 Abs. 1 zu erfüllen sind. Ansonsten endet die Gründungsprivilegierung spätestens zehn Jahre nach der Eintragung der Gesellschaft im Firmenbuch. Die Eintragungen betreffend die Gründungsprivilegierung im Firmenbuch (§ 5 Z 2a und 6 FBG) können erst entfallen, wenn zuvor die Mindesteinzahlerfordernisse nach § 10 Abs. 1 erfüllt wurden.

[BGBl I 2014/13]

**Materialien:** AbgÄG 2014 (BGBl I 2014/13): RV 24 BlgNR 25. GP 27.

**Literatur:** *Adensamer/Kerschbaum*, Zur kleinen österreichischen GmbH-Reform im Abgabenänderungsgesetz 2014, NZG 2014, 452; *Auer*, Existenz, Gründung und Verwendung von Mantelgesellschaften, wbl 2001, 245; *Bachner*, Die gründungsprivilegierte GmbH, RdW 2014, 115; *Birnbauer*, Ersteintragung einer „gründungsprivilegierten“ Gesellschaft mit beschränkter Haftung, GES 2014, 123; *Koppensteiner*, Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung, GES 2014, 3; *Krejci*, Einmal hin, einmal her, rundherum, das ist sehr schwer: Zur GmbH-„Gegenreform“ 2014, GES 2014, 1; *Moser*, Das neue „Gründungsprivileg“ im GmbH-Gesetz, GES 2014, 103; *Pracher*, GmbH-Barkapitalerhöhung ohne Einzahlung? NZ 1992, 261; *Rauter*, GmbH-Gründung – alt und zugleich neu, JAP 2013/2014/26; *Ries*, Societas Unius Personae – cui bono? NZG 2014, 569; *Schopper/Walch*, Offene Fragen zur gründungsprivilegierten GmbH im System der Kapitalaufbringung, NZ 2014, 186; *Schörghofer/Krausler*, Gründungsprivilegierung nach § 10b GmbHG, GesRZ 2014, 168; *Schuschnigg*, Die Änderungen im GmbH-Gesetz, SWK 2014, 413; *Walch*, Die gründungsprivilegierte GmbH nach dem Abgabenänderungsgesetz 2014, eolex 2014, 335; *Wöss*, Die gründungsprivilegierte GmbH – Reform, die keine ist? NZ 2014, 181.

### Übersicht

	<b>Rz</b>
<b>I. Allgemeines</b> .....	1–5
<b>II. Errichtung einer gründungsprivilegierten GmbH (Abs 1–3)</b> .....	6–23
A. Inanspruchnahme des Gründungsprivilegs .....	6–8
B. Gründungsprivilegierte Stammeinlage .....	9–17

C. Kapitalaufbringung .....	18–23
<b>III. Gründungsablauf</b> .....	24–26
A. Anmeldung .....	24
B. Entstehung .....	25
C. Publizität .....	26
<b>IV. Wirkung des Gründungsprivilegs (Abs 4)</b> .....	27–33
A. Einlagenleistung .....	27–31
B. Sonstige Wirkungen .....	32, 33
<b>V. Ende der Gründungsprivilegierung (Abs 5)</b> .....	34–43
A. Allgemeines .....	34
B. Gesellschaftsvertragsänderung .....	35–38
C. Zeitablauf .....	39–42
D. Rechtsfolgen .....	43
<b>VI. Übergangsbestimmungen</b> .....	44–50
A. GmbH .....	44, 45
B. Gründungsprivilegierte GmbH .....	46
C. GmbH „light“ .....	47–50

## I. Allgemeines

- 1 **Inhalt und Zweck:** § 10b GmbHG bildet die materielle Rechtsgrundlage für die gründungsprivilegierte GmbH. Die gründungsprivilegierte GmbH ist eine GmbH besonderer Ausprägung. Sie unterscheidet sich von einer „herkömmlichen“ GmbH nur durch spezielle Kapitalaufbringungsregelungen: Bei entsprechender Gestaltung des Gesellschaftsvertrags kann die Einlageverpflichtung der Gesellschafter innerhalb der ersten zehn Jahre auf bis zu € 10.000 reduziert werden; auch in einer etwaigen Insolvenz der Gesellschaft im Zeitraum der Gründungsprivilegierung wäre nicht mehr an Kapital aufzubringen (siehe im Detail Rz 27). Nach zehn Jahren fällt die Gründungsprivilegierung weg, die Gesellschaft ist einer herkömmlichen GmbH gleichgestellt (Rz 34 ff). Die gründungsprivilegierte GmbH ist als ein kompromissorientiertes Regelungsmodell zu verstehen: Im Juli 2013 wurde mit dem GesRÄG 2013<sup>1</sup> das gesetzliche Mindeststammkapital einer GmbH von zuvor € 35.000 auf € 10.000 vor allem mit dem Ziel herabgesetzt,<sup>2</sup> Unternehmern einen erleichterten und vor allem billigeren Zugang zu einer Rechtsform mit beschränkter Haftung zu verschaffen. Aus budgetpolitischen Gründen wurde aber rasch die Notwendigkeit der Wiederanhebung des Stammkapitals auf € 35.000 erkannt. Um dennoch eine erleichterte (billige) Gründung von GmbHs zu ermöglichen, wurde das Gründungsprivileg nach § 10b GmbHG geschaffen.<sup>3</sup> Über die Gründungsprivilegierung besteht nun die Möglichkeit, eine GmbH mit einem – zumindest auf zehn Jahre – beschränkten Risiko von € 10.000 zu gründen, ohne aber das Stammkapital bestehender GmbHs von € 35.000 senken zu müssen.
- 2 **Entwicklung:** § 10b ist durch das Abgabenänderungsgesetz 2014<sup>4</sup> in das GmbHG eingefügt worden und am 1.3.2014 in Kraft getreten. Er löst die erst im Juli 2013 in Kraft getretene

<sup>1</sup> BGBl I 2013/109.

<sup>2</sup> ErlRV 2356 BlgNR 24. GP 13.

<sup>3</sup> ErlRV 24 BlgNR 25. GP 27.

<sup>4</sup> Bundesgesetz, mit dem das Einkommensteuergesetz 1988, das Körperschaftsteuergesetz 1988, das Stabilitätsabgabengesetz, das Umgründungssteuergesetz, das Umsatzsteuergesetz 1994, das Gebührengesetz 1957, das Kapitalverkehrsteuergesetz, das Versicherungssteuergesetz 1953, das Kraftfahrzeugsteuergesetz 1992, das Flugabgabengesetz, das Normverbrauchsabgabengesetz 1991, das Alkoholsteuergesetz, das Schaumweinsteuergesetz 1995, das Tabaksteuergesetz 1995, das Glücksspielgesetz, die Bundesabgaben-

Regelung über die GmbH „light“ mit einem Mindeststammkapital von bloß € 10.000 ab. § 10b GmbHG ermöglicht eine Gründung mit einem Kapitalaufwand von bloß € 5.000 bei gleichzeitiger Haftung für weitere € 5.000 für die ersten zehn Jahre; erst danach besteht die Einstandspflicht für die vollen € 35.000 Stammkapital. Die in der Regierungsvorlage noch vorgesehene Pflicht, bis zum Erreichen des Mindeststammkapitals von € 35.000 zwingend ein Viertel des Jahresgewinns in eine Gründungsrücklage einzustellen,<sup>5</sup> hat nicht Eingang in das Gesetz gefunden.<sup>6</sup>

**Parallelvorschriften:** Vorschriften mit einem vergleichbaren Regelungsanliegen gibt es im Aktienrecht nicht. Mit der haftungsbeschränkten Unternehmergesellschaft (§ 5a dGmbHG) verfolgt der deutsche Gesetzgeber ein zumindest dem Grunde nach vergleichbares Regelungsanliegen: Die haftungsbeschränkte Unternehmergesellschaft ist gem § 5a Abs 1 dGmbHG nicht an das für GmbHs geltende Mindestkapital in der Höhe von € 25.000 gebunden; für die haftungsbeschränkte Unternehmergesellschaft ist bereits ein Stammkapital von einem Euro ausreichend.<sup>7</sup> Anders als nach österreichischer Rechtslage besteht für die haftungsbeschränkte Unternehmergesellschaft jedoch die Pflicht, ein Viertel des um den Verlustvortrag gemindernten Jahresüberschusses in eine gesetzliche Rücklage einzustellen.<sup>8</sup>

**Unionsrecht:** Unionsrechtliche Vorgaben für eine gründungsprivilegierte GmbH existieren nicht. Der Entwurf für ein Statut der europäischen Privatgesellschaft – dieser sah für die europäische Privatgesellschaft ein Mindestkapital von € 1 vor<sup>9</sup> – ist im Oktober 2013 zurückgenommen worden.<sup>10</sup> Im April 2014 wurde jedoch von der Europäischen Kommission ein Vorschlag für eine Richtlinie über eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter (Societas Unius Personae, SUP) unterbreitet; auch diese Gesellschaft muss nur ein Mindeststammkapital von € 1 aufweisen.<sup>11</sup>

**Regelungssystematik:** § 10b ist die zentrale Vorschrift für die gründungsprivilegierte GmbH, von dieser Regelung abgesehen bestehen keine Sondervorschriften für die materiellrechtlichen Grundlagen einer gründungsprivilegierten GmbH. Flankiert wird diese Regelung durch den ebenfalls geänderten § 11 GmbHG und einige Anpassungen im FBG: Die genannten Vorschriften verpflichten zwingend, nicht nur den Umstand der Inanspruchnahme der Gründungsprivilegierung in das Firmenbuch einzutragen, sondern auch die Höhe der für den einzelnen Gesellschafter festgesetzten gründungsprivilegierten Stammeinlagen (siehe im Detail Rz 26). Damit ist es Außenstehenden durch Einsichtnahme in das Firmenbuch leicht möglich zu erkennen, ob es sich bei dem jeweiligen Rechtsträger um eine gründungsprivilegierte GmbH handelt und wie hoch die gründungsprivilegierte Stammeinlage eines jeden Gesellschafters ist.

ordnung, das Abgabenverwaltungsorganisationsgesetz 2010, das Finanzstrafgesetz, das Bundesfinanzgerichtsgesetz, das Bankwesengesetz, das Börsegesetz 1989, das Versicherungsaufsichtsgesetz, das GmbH-Gesetz, das Notariatstarifgesetz, das Rechtsanwaltsstarifgesetz, das Firmenbuchgesetz sowie das Zahlungsdienstegesetz geändert werden und der Abschnitt VIII des Bundesgesetzes BGBl Nr 325/1986 aufgehoben wird (Abgabenänderungsgesetz 2014 – AbgÄG 2014), BGBl I 2014/13.

<sup>5</sup> ErlRV 24 BlgNR 25. GP 28.

<sup>6</sup> Die Nichteinführung der Gründungsrücklage geht offenbar auf den Widerstand der Wirtschaftskammer Österreich zurück, vgl *Krejci*, GES 2014, 2.

<sup>7</sup> MünchKommGmbHG/Rieder § 5a Rz 8.

<sup>8</sup> MünchKommGmbHG/Rieder § 5a Rz 26; *Miras* in Michalski, GmbHG § 5a Rz 68.

<sup>9</sup> Vorschlag für eine Verordnung des Rates über das Statut einer Europäischen Privatgesellschaft [KOM(2008) 396] S 8.

<sup>10</sup> Vgl nur *Ries*, NZG 2014, 569.

<sup>11</sup> Vorschlag für eine Richtlinie über Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter [COM(2014)212 final].

## II. Errichtung einer gründungsprivilegierten GmbH (Abs 1–3)

### A. Inanspruchnahme des Gründungsprivilegs

- 6 **Statutarische Verankerung der Inanspruchnahme:** Die Gründungsprivilegierung steht einer Gesellschaft bzw deren Gesellschaftern nicht ex lege zu. Vielmehr eröffnet § 10b GmbHG eine Wahlmöglichkeit der Gründer: Diese können entscheiden, ob sie die Gründungsprivilegierung für sich in Anspruch nehmen oder nicht. Möchten sie die Gründungsprivilegierung in Anspruch nehmen, müssen sie dies gem § 10b Abs 1 im **Gesellschaftsvertrag** verankern. Die Gründungsprivilegierung kann nur in der ursprünglichen Satzung vorgesehen werden, nach Eintragung der Gesellschaft in das Firmenbuch ist die Inanspruchnahme der Gründungsprivilegierung durch Satzungsänderung gem § 10b Abs 1 ausdrücklich ausgeschlossen;<sup>12</sup> damit wird der Charakter als Gründungsprivileg deutlich unterstrichen. Vor Eintragung der Gesellschaft in das Firmenbuch kann die Satzung noch geändert und das Gründungsprivileg in Anspruch genommen werden; das Verbot der nachträglichen Etablierung einer Gründungsprivilegierung in § 10b Abs 1 bezieht sich nur auf die bereits in das Firmenbuch eingetragene Gesellschaft, wie es sich aus dem Verweis auf § 49 GmbHG klar ergibt.<sup>13</sup>
- 7 **Aufnahme der gründungsprivilegierten Stammeinlagen:** Neben der Inanspruchnahme des Gründungsprivilegs müssen für jeden Gesellschafter die gründungsprivilegierten Stammeinlagen im Gesellschaftsvertrag festgesetzt werden (siehe im Detail noch Rz 10).
- 8 **Jede GmbH:** § 10b lässt offen,<sup>14</sup> ob sich die Inanspruchnahme der Privilegierung auf GmbHs mit dem gesetzlichen Mindeststammkapital in der Höhe von € 35.000 beschränkt oder ob auch Gesellschaften mit einem höheren als dem gesetzlichen Mindeststammkapital die Privilegierung in Anspruch nehmen können. Bereits die fehlende Einschränkung auf Gesellschaften mit dem gesetzlichen Mindeststammkapital spricht für die Anwendbarkeit des Gründungsprivilegs auf Gesellschaften mit einem Stammkapital von über € 35.000.<sup>15</sup> Der Gesetzeszweck verlangt die Einschränkung auf Gesellschaften mit dem gesetzlichen Mindeststammkapital gerade nicht. Denn durch die registergerichtliche Publizität des Gründungsprivilegs und der einzelnen gründungsprivilegierten Stammeinlagen ist sichergestellt, dass allen Interessierten Auskunft über die Höhe des Stammkapitals, die Höhe des gründungsprivilegierten Stammkapitals sowie der einzelnen gründungsprivilegierten Stammeinlagen gegeben wird. Eine Einschränkung auf GmbHs mit dem gesetzlichen Mindeststammkapital ist daher aus Gläubigerschutzgesichtspunkten nicht erforderlich;<sup>16</sup> eine Beschränkung der Gestaltungsmöglichkeit ist daher abzulehnen.

### B. Gründungsprivilegierte Stammeinlage

- 9 **Begriff:** Eine gesetzliche Definition des Begriffs der gründungsprivilegierten Stammeinlage fehlt. Aus den Wirkungen, die ihr zukommen, lässt sich eine gründungsprivilegierte Stammeinlage aber wie folgt umschreiben: Die Summe der gründungsprivilegierten Stammeinlagen ist jener Betrag, zu dessen Aufbringung die gründungsprivilegierten Gesellschafter (zum Nebeneinander von gründungsprivilegierten und nicht gründungsprivilegierten Gesellschaftern siehe Rz 23) während aufrechter Gründungsprivilegierung verpflichtet sind.

<sup>12</sup> „Im Gesellschaftsvertrag, nicht jedoch durch eine Abänderung des Gesellschaftsvertrags (§ 49), kann vorgesehen werden, dass die Gesellschaft die Gründungsprivilegierung [...] in Anspruch nimmt.“

<sup>13</sup> Bachner, RdW 2014, 115.

<sup>14</sup> Bachner, RdW 2014, 115.

<sup>15</sup> Bachner, RdW 2014, 115; Schörghofer/Krausler, GesRZ 2014, 169; aA wohl Moser, GES 2014, 104.

<sup>16</sup> Im Ergebnis wie hier Bachner, RdW 2014, 115; so wohl auch Walch, ecolex 2014, 337.

Die gründungsprivilegierte Stammeinlage eines jeden Gesellschafters umschreibt somit jenen Betrag, zu dessen Aufbringung der Gesellschafter während aufrechter Gründungsprivilegierung verpflichtet ist. Die gründungsprivilegierte Stammeinlage kann mit der übernommenen Stammeinlage ident sein, muss es aber nicht;<sup>17</sup> dies betrifft Gesellschaften mit mehreren Gesellschaftern, die nicht alle eine gründungsprivilegierte Stammeinlage in gleicher Höhe übernommen haben, aber auch Einpersonen-GmbHs.

**Festsetzung in der Satzung:** Gem § 10b ist die Höhe der gründungsprivilegierten Stammeinlage für jeden Gesellschafter in der Satzung festzusetzen. Somit muss nicht nur die Tatsache der Inanspruchnahme der Gründungsprivilegierung an sich, sondern auch die Höhe der gründungsprivilegierten Stammeinlage eines jeden Gesellschafters in die Satzung aufgenommen werden (siehe bereits Rz 7); korrespondierend dazu verpflichten § 5 Z 2a bzw § 5 Z 6 FBG auch zur Eintragung der Tatsache der Inanspruchnahme des Gründungsprivilegs und zur Eintragung der Höhe der gründungsprivilegierten Stammeinlage jedes Gesellschafters in das Firmenbuch (siehe noch Rz 26).

**Höhe der Summe der gründungsprivilegierten Stammeinlagen:** Zur Höhe der gründungsprivilegierten Stammeinlage macht das Gesetz nur spärliche Angaben: Für die Summe aller gründungsprivilegierten Stammeinlagen sieht § 10b Abs 2 S 2 vor, dass diese zumindest € 10.000 betragen müssen; eine Gründungsprivilegierung mit gründungsprivilegierten Stammeinlagen von insgesamt weniger als € 10.000 ist nicht möglich.<sup>18</sup>

**Höhe der einzelnen gründungsprivilegierten Stammeinlagen:** Zur Höhe der einzelnen gründungsprivilegierten Stammeinlagen fehlen – von einer einzigen Ausnahme abgesehen – jegliche Vorgaben des Gesetzgebers: Die gründungsprivilegierte Stammeinlage eines Gesellschafters darf gem § 10b Abs 2 S 1 nicht höher sein als seine übernommene Stammeinlage. Dieser Anordnung kommt freilich nur klarstellende Bedeutung zu, beschreibt doch die gründungsprivilegierte Stammeinlage eine Privilegierung der Einzahlungspflichten auf die übernommene Stammeinlage, woraus sich schon zwingend ergibt, dass die gründungsprivilegierte Stammeinlage nicht höher als die übernommene Stammeinlage ausfallen darf. Jedenfalls kann aber aus § 10b Abs 2 S 1 abgeleitet werden, dass innerhalb der genannten Beschränkungen die „herkömmliche“ und die gründungsprivilegierte Stammeinlage unterschiedlich hoch ausfallen können. Die gründungsprivilegierte Stammeinlage kann daher mit der übernommenen Stammeinlage ident sein, muss es aber nicht.<sup>19</sup> Zur Festsetzung der Höhe bei mehrpersonalen Gesellschaften siehe sogleich Rz 13 ff.

**Mindesthöhe:** Die **Mindesthöhe der übernommenen Stammeinlage** wird durch die Inanspruchnahme der Gründungsprivilegierung nicht verändert; diese beträgt auch bei der gründungsprivilegierten GmbH mindestens € 70. Mit der Mindesthöhe (der übernommenen Stammeinlage) von € 70 sollen Kleinstbeteiligungen an einer GmbH verhindert und nicht leistungsfähige Personen von einer Beteiligung an einer GmbH ausgeschlossen werden (siehe § 6 Rz 12). Dies korrespondiert auch mit dem der Mindesteinzahlungspflicht von € 70 gem § 10 Abs 1 zu Grunde liegenden Regelungsanliegen. Auch diese Bestimmung soll die Ernsthaftigkeit der Beteiligung jedes Gesellschafters sicherstellen (vgl § 10 Rz 7): Personen, die bei der Gründung nicht einmal zur Leistung von € 70 bereit sind, sollen nicht Gesellschafter einer GmbH werden können. Als im Zuge des GesRÄG 2013 das Mindeststammkapital auf € 10.000 gesenkt worden ist, hat der Gesetzgeber die Mindesthöhe der Stammein-

<sup>17</sup> Vgl auch *Bachner*, RdW 2014, 116.

<sup>18</sup> ErlRV 24 BlgNR 25. GP 27.

<sup>19</sup> *Schörghofer/Krausler*, GesRZ 2014, 169; vgl auch *Bachner*, RdW 2014, 116.

lage und die Mindestzahlungspflicht auf jede Stammeinlage bei Anmeldung zur Eintragung in das Firmenbuch unverändert gelassen: Auch bei einer GmbH, bei der das Stammkapital tatsächlich nur € 10.000 beträgt, wird die Ernsthaftigkeit der Beteiligung nur über diese € 70-Grenze zum Ausdruck gebracht. Die der Mindesthöhe (und Mindestzahlungspflicht) zugrunde liegenden Überlegungen verlangen keine besondere Behandlung der gründungsprivilegierten Stammeinlagen: Sichergestellt sein muss lediglich, dass die Mindestbeteiligung und die aus Anlass der Gründung entstehende Mindestzahlungspflicht nicht weniger als € 70 ausmachen. Für die gründungsprivilegierte Stammeinlage gibt es hingegen keine Mindestgröße; sichergestellt muss nur sein, dass die übernommene Stammeinlage € 70 erreicht.

- 14 **Mehr-Personen-Gesellschaft:** Sollen sich mehrere Personen an einer gründungsprivilegierten GmbH beteiligen, können folgende Fragen virulent werden: Kann die Höhe der gründungsprivilegierten Stammeinlagen der einzelnen Gesellschafter variieren oder müssen alle Gesellschafter eine gründungsprivilegierte Stammeinlage in gleicher Höhe übernehmen? Müssen überhaupt alle Gesellschafter eine gründungsprivilegierte Stammeinlage übernehmen oder ist es möglich, dass nur einige Gesellschafter die Privilegierung in Anspruch nehmen, andere hingegen nicht?
- 15 **Unterschiedliche Höhe der gründungsprivilegierten Stammeinlagen:** Die übernommene Stammeinlage kann für die einzelnen Gesellschafter gem § 6 Abs 2 GmbHG unterschiedlich hoch festgesetzt werden. Für die Höhe der gründungsprivilegierten Stammeinlage findet sich im Gesetz keine gegenteilige Anordnung, es kann mE auch nichts anderes gelten: Die gründungsprivilegierten Stammeinlagen können für die einzelnen Gesellschafter in unterschiedlicher Höhe festgesetzt werden.<sup>20</sup> Entscheidend ist letztendlich, dass die Summe aller gründungsprivilegierten Stammeinlagen zusammen wenigstens € 10.000 beträgt und dass die gründungsprivilegierte Stammeinlage nicht höher ausfällt als die „herkömmliche“ Stammeinlage.
- 16 **Jeder Gesellschafter?** Isoliert betrachtet könnte der Wortlaut von § 10b Abs 2 S 1 GmbHG<sup>21</sup> den Schluss nahelegen, dass jeder Gesellschafter eine – auch noch so kleine – gründungsprivilegierte Stammeinlage übernehmen muss. Aus dem Regelungszusammenhang ergibt sich mE jedoch, dass die genannte Vorschrift nur sicherstellen will, dass für jeden Gesellschafter, der eine gründungsprivilegierte Stammeinlage übernimmt, diese auch im Gesellschaftsvertrag festgesetzt wird; eine Pflicht, dass sämtliche Gesellschafter eine gründungsprivilegierte Stammeinlage übernehmen müssen, lässt sich daraus nicht ableiten.<sup>22</sup> Eine solche würde auch – ohne sachliche Notwendigkeit – den Gestaltungsspielraum der Gesellschafter unnötig einengen. Daher ist es möglich, dass von mehreren Gesellschaftern manche eine gründungsprivilegierte Stammeinlage übernehmen, andere hingegen nicht.<sup>23</sup>
- 17 **Sacheinlage?** § 10b Abs 3 S 2 schließt Sacheinlagen aus. Die Bestimmung stellt jedenfalls klar, dass gründungsprivilegierte Stammeinlagen nur als Bareinlagen, nicht aber als Sacheinlagen ausgestaltet werden können. Der Ausschluss von Sacheinlagen für die gründungsprivilegierten Stammeinlagen soll ganz offensichtlich den Risiken der Bewertung Rechnung tragen und für die Gläubiger einer gründungsprivilegierten GmbH sicherstellen, dass zumindest das gründungsprivilegierte Stammkapital aufgebracht wird. Umstritten ist

<sup>20</sup> Bachner, RdW 2014, 116.

<sup>21</sup> „Im Gesellschaftsvertrag ist für jeden Gesellschafter auch die Höhe seiner gründungsprivilegierten Stammeinlage festzusetzen [...]“.

<sup>22</sup> So aber Walch, eolex 2014, 335.

<sup>23</sup> Im Ergebnis wie hier Bachner, RdW 2014, 115 f; aA Walch, eolex 2014, 335.



allerdings, ob der Ausschluss von Sacheinlagen auch für den nicht gründungsprivilegierten Teil der Stammeinlagen gilt.<sup>24</sup> Aus der Regelungssystematik ergibt sich ein solcher Ausschluss keineswegs zwingend. Denn § 10b Abs 3, der den Ausschluss der Sacheinlagen anordnet, regelt (nur) die Einzahlung der gründungsprivilegierten Stammeinlage; die Systematik spricht daher eher dafür, dass sich der Ausschluss von Sacheinlagen ausschließlich auf die gründungsprivilegierten Stammeinlagen beschränkt. Eine Aussage über die „herkömmlichen“ Stammeinlagen ist dieser Bestimmung nicht zu entnehmen, es gelten die allgemeinen Vorschriften, insbesondere § 6 und § 6a. Auch der in den Materialien enthaltene Verweis auf § 5a Abs 2 dGmbHG, der § 10 Abs 3 S 2 GmbHG als Regelungsvorbild gedient hat, vermag einen generellen Ausschluss von Sacheinlagen bei einer gründungsprivilegierten GmbH nicht zu rechtfertigen. Zwar sind nach § 5a dGmbHG Sacheinlagen bei der haftungsbeschränkten Unternehmergesellschaft in toto ausgeschlossen, allerdings beträgt deren Mindeststammkapital auch nur einen Euro. Vor allem besteht aus dem Blickwinkel des Gläubigerschutzes kein Bedürfnis für ein generelles Verbot von Sacheinlagen bei einer gründungsprivilegierten GmbH: Denn werden auf die nicht gründungsprivilegierten, sonstigen übernommenen Stammeinlagen Sacheinlagen geleistet, so führt dies zu einer Vermehrung des Haftungsfonds für die Gläubiger,<sup>25</sup> da diese spätestens mit Anmeldung zur Eintragung in das Firmenbuch geleistet werden müssen.

### C. Kapitalaufbringung

**Regelungssystematik:** Die Regelungen über die Aufbringung des Kapitals einer gründungsprivilegierten GmbH fallen spärlich aus. § 10b Abs 3 bestimmt lediglich, dass abweichend von § 10 Abs 1 auf die gründungsprivilegierten Stammeinlagen insgesamt mindestens € 5.000 eingezahlt werden müssen. § 10b Abs 3 nimmt somit ganz augenscheinlich auf § 10 Abs 1 S 2 – und auch nur diesen – Bezug.<sup>26</sup> Das Verhältnis zu den sonstigen Vorschriften über die Kapitalaufbringung lässt § 10b offen. Dies betrifft insbesondere die Aufbringung des (gründungsprivilegierten) Kapitals bei mehreren Gesellschaftern, die Aufbringung der sonstigen nicht gründungsprivilegierten Stammeinlagen sowie die Höhe der Kapitalaufbringung bei gründungsprivilegierten Stammeinlagen von zusammen mehr als € 10.000. Ebenfalls nicht geregelt wird die Höhe der Mindesteinlagepflicht jedes Gesellschafters.

**Absolute Mindesteinlagepflicht jedes Gesellschafters:** Bei der nicht gründungsprivilegierten GmbH muss nach § 10 Abs 1 S 1 auf jede bar zu leistende Stammeinlage mindestens ein Viertel, jedenfalls aber ein Betrag von € 70 eingezahlt werden. Sind auf eine Stammeinlage weniger als € 70 bar zu leisten, muss diese voll bei Anmeldung geleistet werden.<sup>27</sup> Eine ausdrückliche Reduktion der Mindesteinlagepflicht jedes gründungsprivilegierten Gesellschafters sieht das Gesetz nicht vor. Auch im Wege der Auslegung ist eine aliquote Reduktion dieser Mindesteinlagepflicht auf € 20 (dieser Betrag entspricht dem Verhältnis des Mindeststammkapitals von € 35.000 zur Mindesthöhe des gründungsprivilegierten Stammkapital von € 10.000) nicht vorzunehmen.<sup>28</sup> Die Mindesteinlagepflicht nach § 10 Abs 1 S 1

<sup>24</sup> So etwa *Walch*, *ecolex* 2014, 336; *Schopper/Walch*, *NZ* 2014, 189; offenbar ebenso *Wöss*, *NZ* 2014, 182; aA *Bachner*, *RdW* 2014, 116 f; *Schörghofer/Krausler*, *GesRZ* 2014, 170; unklar *Rauter*, *JAP* 2013/2014/26, 234 f.

<sup>25</sup> So bereits *Bachner*, *RdW* 2014, 117.

<sup>26</sup> So schon *Bachner*, *RdW* 2014, 116.

<sup>27</sup> Vgl hierzu oben Rz 13.

<sup>28</sup> Dafür aber *Bachner*, *RdW* 2014, 116.

dient nicht dem Gläubigerschutz, sondern wird von der Überlegung getragen, von jedem Gesellschafter einen Nachweis über die Ernsthaftigkeit seiner Beteiligung an der GmbH als Nachweis zu verlangen (siehe § 10 Rz 7).<sup>29</sup> Diese Mindesteinzahlungspflicht blieb trotz – zwischenzeitig wieder aufgehobener – Herabsetzung des Mindeststammkapitals auf € 10.000 erhalten; damit hat der Gesetzgeber (im Rahmen des GesRÄG 2013) zum Ausdruck gebracht, dass eine Mindestleistung bei der Gründung notwendig ist, um die Ernsthaftigkeit der Beteiligung an der GmbH zu signalisieren. Dies zeigt recht deutlich, dass auch bei einer gründungsprivilegierten GmbH jeder gründungsprivilegierte Gesellschafter eine **Mindesteinzahlung von € 70** zu leisten hat.<sup>30</sup>

- 20 **Viertelregelung:** Würde man die Pflicht zur Aufbringung eines Viertels der Stammeinlage auch bei der gründungsprivilegierten GmbH anwenden, würde die Gründungsprivilegierung leerlaufen: Bei uneingeschränkter Geltung der Viertelregelung müssten die Gesellschafter trotz Gründungsprivilegierung zusammen wenigstens € 8.750 leisten; dies widerspricht aber der klaren Intention des Gesetzgebers, der die Einlagepflicht der Gesellschafter bei Gründung auf € 5.000 begrenzen wollte. Bei der gründungsprivilegierten GmbH scheiden daher die übernommenen Stammeinlagen als Bezugspunkt der Viertelregelung klar aus. Berücksichtigt man das der (relativen und absoluten) Mindesteinzahlungspflicht zu Grunde liegende Regelungsanliegen (siehe dazu Rz 19), so muss sich diese auf die gründungsprivilegierten Stammeinlagen erstrecken. Denn nur so kann jedem Gesellschafter die Ernsthaftigkeit seiner Beteiligung an der GmbH vor Augen geführt werden. Daher muss jeder Gesellschafter auf seine gründungsprivilegierte Stammeinlage zumindest ein Viertel bei Anmeldung zur Eintragung in das Firmenbuch leisten.
- 21 **Mindestgesamtbetrag:** Abweichend zu § 10 Abs 1 S 3 sind gem § 10b Abs 3 S 1 auf die gründungsprivilegierten Stammeinlagen zusammen mindestens € 5.000 bar einzuzahlen. Dieser Mindestgesamtbetrag für die gründungsprivilegierten Stammeinlagen stellt die korrespondierende Regelung zur Einzahlung von zusammen mindestens € 17.500 bei einer nicht gründungsprivilegierten GmbH dar. Zusätzlich zur Mindesteinzahlungspflicht jedes **gründungsprivilegierten** Gesellschafters (siehe Rz 19 f) muss daher die Summe der bar zu leistenden Einlagen aller gründungsprivilegierten Gesellschafter zusammen wenigstens € 5.000 betragen. Dieser Mindestgesamtbetrag für die gründungsprivilegierten Stammeinlagen kommt damit zum Tragen, wenn die Gründungsprivilegierung weniger als € 20.000 beträgt; dies wird wohl den praktischen Regelfall darstellen. Die Frage, wie die Differenz zwischen dem Mindestgesamtbetrag für die gründungsprivilegierten Stammeinlagen und der Mindesteinlagepflicht jedes gründungsprivilegierten Gesellschafters aufzubringen ist, regelt § 10b Abs 3 nicht.<sup>31</sup> Gleich wie bei der nicht gründungsprivilegierten GmbH (vgl § 10 Rz 9) sind mangels abweichender Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag Gesellschafter zur Aufbringung nach dem Verhältnis ihrer **gründungsprivilegierten Stammeinlagen** verpflichtet.
- 22 **Verbot von Sacheinlagen:** Die gründungsprivilegierten Stammeinlagen haben zwingend Bareinlagen zu sein; Sacheinlagen sind gem § 10b Abs 3 S 2 GmbHG als gründungsprivilegierte Stammeinlage ausgeschlossen. Das Verbot von Sacheinlagen bezieht sich allerdings nur auf die gründungsprivilegierten Stammeinlagen, die „herkömmlichen“ Stammeinlagen können auch durch Sacheinlage aufgebracht werden (siehe im Detail Rz 17).

<sup>29</sup> HHB 2727 BlgNHH XVII Session 4; *Koppensteiner/Rüffler*, § 10 Rz 5; s auch *Pracher*, NZ 1992, 264.

<sup>30</sup> Ebenso *Schörghofer/Krausler*, GesRZ 2014, 170; *Schopper/Walch*, NZ 2014, 188; aA *Bachner*, RdW 2014, 116.

<sup>31</sup> Zur vergleichbaren Rechtslage bei der nicht gründungsprivilegierten GmbH siehe nur § 10 Rz 8 f.

**Nebeneinander von gründungsprivilegierten und nicht gründungsprivilegierten Gesellschaftern:** Lässt man ein Nebeneinander von gründungsprivilegierten und nicht gründungsprivilegierten Gesellschaftern zu (siehe Rz 16),<sup>32</sup> beziehen sich die zuvor etablierten Kapitalaufbringungsregeln (siehe Rz 18 ff) nur auf die gründungsprivilegierten Gesellschafter. Für die nicht gründungsprivilegierten Gesellschafter gelten die herkömmlichen Regelungen des § 10 Abs 1 GmbHG: Die nicht gründungsprivilegierten Gesellschafter müssen jedenfalls ein Viertel der von ihnen übernommenen Stammeinlage leisten. Auf die insgesamt bar zu erbringenden € 17.500 ist aber die gründungsprivilegierte Stammeinlage anzurechnen. Umgekehrt jedoch sind die auf die nicht gründungsprivilegierten Stammeinlagen erbrachten Barleistungen nicht auf die € 5.000 anzurechnen, denn nach dem klaren Gesetzeswortlaut müssen auf die gründungsprivilegierten Stammeinlagen wenigstens € 5.000 erbracht werden.

### III. Gründungsablauf

#### A. Anmeldung

**Unterlagen:** Für das Anmeldeverfahren sieht § 10b keine besonderen Vorschriften vor. 24 Aus dem Inhalt der Firmenbucheintragung ergeben sich aber Besonderheiten, sind doch im Firmenbuch die Inanspruchnahme des Gründungsprivilegs sowie die Höhe der gründungsprivilegierten Stammeinlagen und die darauf gemachten Zahlungen einzutragen. Daher muss die Anmeldung zur Eintragung auch die entsprechenden Angaben enthalten.<sup>33</sup>

#### B. Entstehung

**Eintragung in das Firmenbuch:** Wie jede andere GmbH auch entsteht eine gründungsprivilegierte GmbH mit der Eintragung in das Firmenbuch. Das Eintragungsverfahren unterscheidet sich insofern nicht von dem einer „herkömmlichen“ GmbH. 25

#### C. Publizität

Gem § 11 sind die Inanspruchnahme der Gründungsprivilegierung sowie die Höhe der gründungsprivilegierten Stammeinlage eines jeden Gesellschafters in das Firmenbuch einzutragen. Systemkonform wurden in § 5 Z 2a FBG und § 5 Z 6 FBG gleichlautende Pflichten zur Eintragung in das Firmenbuch geschaffen. Mit der Publizität wurde ein noch in der Regierungsvorlage bestehendes Manko beseitigt;<sup>34</sup> jetzt ist es den Gläubigern einer gründungsprivilegierten GmbH möglich, den Umstand der Gründungsprivilegierung sowie das Ausmaß derselben durch Einsichtnahme in das Firmenbuch zu erkennen. 26

### IV. Wirkung des Gründungsprivilegs (Abs 4)

#### A. Einlagenleistung

**Beschränkte Einlagenpflicht:** Die Privilegierung besteht in einer Lockerung der Einlagenverpflichtungen der Gesellschafter: Gesellschafter, die die Gründungsprivilegierung in Anspruch genommen haben (zu den Gestaltungsmöglichkeiten siehe oben Rz 14 ff), müssen abweichend zu § 63 Abs 1 nicht die gesamte übernommene Stammeinlage einzahlen, son- 27

<sup>32</sup> So auch *Bachner*, RdW 2014, 115 f.

<sup>33</sup> S hierzu *Birnbauer*, GES 2014, 124.

<sup>34</sup> S idZ *Schauer/Motal/Wöss/Cohen/Reiter*, Stellungnahme zum AbgÄG 2014, 3, abrufbar unter: [http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/SNME/SNME\\_00146/imfname\\_338467.pdf](http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXV/SNME/SNME_00146/imfname_338467.pdf).

dem während aufrechter Gründungsprivilegierung nur die gründungsprivilegierte Stammeinlage. Diese beschränkte Einlageverpflichtung gilt gem § 10b Abs 4 auch in der Insolvenz der Gesellschaft: Wird über das Vermögen einer Gesellschaft während aufrechter Gründungsprivilegierung die Insolvenz eröffnet, so ist die Einlageverpflichtung jedes Gesellschafters auf die Höhe der gründungsprivilegierten Stammeinlage beschränkt. Selbst wenn die von einem Gesellschafter übernommene Stammeinlage höher als die gründungsprivilegierte Stammeinlage ausfällt, ist der Gesellschafter dennoch nicht zur Aufbringung dieser Differenz verpflichtet. Die Höhe der gründungsprivilegierten Stammeinlage umschreibt somit das unternehmerische Risiko, dem ein Gesellschafter während aufrechter Gründungsprivilegierung ausgesetzt ist (siehe auch Rz 1).<sup>35</sup>

- 28 Grenzen der beschränkten Einlagenpflicht:** Auch während aufrechter Gründungsprivilegierung bleibt nicht in allen Konstellationen die Haftung eines Gesellschafters mit der Höhe seiner gründungsprivilegierten Stammeinlagen begrenzt. Zu einer erhöhten „Zahlungspflicht“ kann es entweder durch die Ausfallhaftung im Rahmen der Kapitalaufbringung oder im Rahmen der Kapitalerhaltung kommen.
- 29 Ausfallhaftung im Rahmen der Kapitalaufbringung:** Leistet ein Gesellschafter die auf die Stammeinlage geforderten Einzahlungen nicht, und ist dieser Betrag auch nicht durch Verkauf des Anteils zu erlangen, haften gem § 70 Abs 1 die übrigen Gesellschafter im Verhältnis ihrer Stammeinlagen (siehe § 70 Rz 17). Für die gründungsprivilegierte GmbH müssen verschiedene Konstellationen unterschieden und gesondert betrachtet werden. Gibt es nur gründungsprivilegierte Gesellschafter und leistet einer dieser gründungsprivilegierten Gesellschafter seine gründungsprivilegierten Stammeinlagen nicht, so haften die übrigen Gesellschafter aliquot dafür. Komplizierter wird es aber, wenn gründungsprivilegierte und nicht gründungsprivilegierte Gesellschafter nebeneinander existieren: Wurden die gründungsprivilegierten Stammeinlagen ordnungsgemäß aufgebracht, ist jedoch die Kapitalaufbringung der nicht gründungsprivilegierten mit einem Mangel behaftet, so berührt dies die gründungsprivilegierten Gesellschafter nicht weiter. Denn es ist gerade das Wesen des von ihnen in Anspruch genommenen Privilegs, dass sie während aufrechter Gründungsprivilegierung nur für die Aufbringung der gründungsprivilegierten Stammeinlagen, nicht aber für die sonstigen Stammeinlagen, haften. Die Ausfallhaftung für die nicht gründungsprivilegierten Stammeinlagen trifft daher während aufrechter Gründungsprivilegierung nur die nicht gründungsprivilegierten Gesellschafter. Umgekehrt haften jedoch die nicht gründungsprivilegierten Gesellschafter im Rahmen der Ausfallhaftung auch für die Aufbringung der gründungsprivilegierten Stammeinlagen; für ihre Positionen ist es unerheblich, ob die fehlerhafte Kapitalaufbringung durch einen gründungsprivilegierten oder einen nicht gründungsprivilegierten Gesellschafter verursacht worden ist.<sup>36</sup>
- 30 Solidarhaftung des Erwerbers:** Erwerber von Geschäftsanteilen haften gem § 78 Abs 2 solidarisch mit ihrem Rechtsvorgänger für deren rückständige Leistungen. Veräußert ein Gesellschafter, der seine gründungsprivilegierte Stammeinlage noch nicht voll geleistet hat, seinen Geschäftsanteil, beschränkt sich die Haftung des Erwerbers auf die Aufbringung der gründungsprivilegierten Stammeinlage. Wesentlich für die Solidarhaftung ist nämlich die Höhe der „rückständigen“, also der fälligen Leistungen zum Zeitpunkt der Anmeldung des Übergangs des Geschäftsanteils; das sind während aufrechter Gründungsprivilegierung nur

<sup>35</sup> *Bachner*, RdW 2014, 117.

<sup>36</sup> *Anders Schopper/Walch*, NZ 2014, 188 f, die nicht zwischen gründungsprivilegierten und nicht gründungsprivilegierten Gesellschaftern differenzieren.

die privilegierten Einlagen.<sup>37</sup> Zur Haftung des Erwerbers einer nicht gründungsprivilegierten Stammeinlage siehe § 78 Rz 10 ff.

**Ausfallhaftung im Rahmen der Kapitalerhaltung:** Auch hier muss wieder danach differenziert werden, ob es nur gründungsprivilegierte Gesellschafter gibt oder ob gründungsprivilegierte und nicht gründungsprivilegierte Gesellschafter nebeneinander existieren.<sup>38</sup> Kommt es bei einer GmbH, bei der alle Gesellschafter das Gründungsprivileg in Anspruch genommen haben, zu einer unzulässigen Einlagenrückgewähr und ist die Erstattung weder von dem Empfänger noch von den Geschäftsführern zu erlangen, haften die übrigen Gesellschafter gem § 83 Abs 2 für den Abgang am Stammkapital im Verhältnis ihrer Stammeinlagen. Wird zu Gunsten eines gründungsprivilegierten Gesellschafters gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstoßen und kann von diesem der empfangene Betrag nicht erlangt werden, haften die übrigen nicht gründungsprivilegierten Gesellschafter im Rahmen von § 83 Abs 2; für die nicht gründungsprivilegierten Gesellschafter ändert sich somit nichts. Fraglich ist aber, ob es eine Haftung der gründungsprivilegierten Gesellschafter gibt, wenn zu Gunsten eines nicht gründungsprivilegierten Gesellschafters gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstoßen worden ist. Sieht man die Kapitalerhaltung als logische Fortsetzung der Kapitalaufbringung,<sup>39</sup> ergibt sich aus einem Größenschluss, dass die Gesellschafter, die keine Pflicht zur Aufbringung der nicht gründungsprivilegierten Stammeinlage trifft, grundsätzlich auch nicht für Verstöße gegen das Verbot der Kapitalerhaltung haften; zu überlegen ist aber, ob die Haftung greift, wenn von den nicht gründungsprivilegierten Gesellschaftern kein Ersatz zu erlangen ist.

### B. Sonstige Wirkungen

**Verlust des halben Stammkapitals:** Gem § 36 Abs 2 ist eine außerordentliche Generalversammlung ohne Verzug einzuberufen, wenn die Hälfte des Stammkapitals verloren gegangen ist oder die Eigenmittelquote weniger als 8% und die fiktive Schuldentilgungsdauer mehr als 15 Jahre beträgt. Ungeachtet der vielen Auslegungsprobleme, die diese Bestimmung mit sich bringt,<sup>40</sup> stellt sich die Frage, an welche Stammkapitalziffer angeknüpft werden muss: Ist auf das „echte“ Stammkapital oder – während aufrechter Gründungsprivilegierung – auf das gründungsprivilegierte Stammkapital abzustellen? Anders als der deutsche Gesetzgeber – § 5a Abs 4 sieht als *lex specialis*<sup>41</sup> abweichend zu § 49 Abs 3 dGmbHG besondere Einberufungspflichten vor – hat der österreichische Gesetzgeber eine Anpassung dieser speziellen Einberufungspflichten nicht vorgenommen. Qualifiziert man § 36 Abs 2 GmbHG als eine Regelung zum Schutz der Gesellschaft selbst – durch eine rechtzeitige Warnung sollen die Gesellschafter noch ausreichend Zeit haben, erforderliche Maßnahmen zur Sicherung des Fortbestands zu ergreifen<sup>42</sup> –, sollte die Pflicht zur Einberufung bei einer gründungsprivilegierten GmbH von dem Verlust der Hälfte des gründungsprivilegierten Stammkapitals abhängen.

**Angaben auf Geschäftsbriefen:** Werden auf Geschäftsbriefen einer GmbH Angaben über das Kapital der Gesellschaft gemacht, müssen gem § 14 Abs 2 UGB das Stammkapital

<sup>37</sup> So schon *Adensamer/Kerschbaum*, NZG 2014, 453 f.

<sup>38</sup> Anders wiederum *Schopper/Walch*, NZ 2014, 190, die nicht zwischen gründungsprivilegierten und nicht gründungsprivilegierten Gesellschaftern differenzieren.

<sup>39</sup> Vgl *Saurer* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> § 52 Rz 1; *Koppensteiner*, GES 2014, 3.

<sup>40</sup> Zum Stand der Diskussion, wie der „Verlust der Hälfte des Stammkapitals“ zu verstehen ist, siehe etwa *Koppensteiner/Rüffler*, § 36 Rz 12.

<sup>41</sup> *Miras* in Michalski, GmbHG § 5a Rz 104.

<sup>42</sup> So *Miras* in Michalski, GmbHG § 49 Rz 10; *Enzinger* in WK § 36 Rz 27; s auch *Harrer* § 36 Rz 25.

und der Gesamtbetrag der noch ausstehenden Einlagen angegeben werden. Auf gründungsprivilegierte GmbHs nimmt diese Regelung nicht besonders Bezug. Damit ist fraglich, welche Angaben während aufrechter Gründungsprivilegierung zu machen sind: Werden die auf das tatsächliche Stammkapital ausstehenden Einlagen angegeben, kann dies irreführend sein, weil eine Pflicht zu deren Leistung erst nach Ende der Gründungsprivilegierung entsteht. Umgekehrt kann es genauso zu Irritationen kommen, wenn nur der noch auf die gründungsprivilegierten Stammeinlagen offene Differenzbetrag angegeben wird. Daher sind die Gründungsprivilegierung sowie die auf die gründungsprivilegierten Stammeinlagen ausstehenden Stammeinlagen, das „herkömmliche“ Stammkapital sowie die auf das gesamte Stammkapital ausstehenden Einlagen anzugeben. Mit Blick auf die strafrechtliche Sanktionierung der Norm durch § 122 GmbHG<sup>43</sup> und vor allem wegen des im Strafrecht geltenden Analogieverbots ist eine Anpassung durch den Gesetzgeber dringend geboten.

## V. Ende der Gründungsprivilegierung (Abs 5)

### A. Allgemeines

- 34 **Arten der Beendigung:** Eine in Anspruch genommene Gründungsprivilegierung kann auf zwei verschiedene Arten enden: Von selbst endet die Gründungsprivilegierung durch Zeitablauf, sie erlischt spätestens zehn Jahre nach Eintragung der Gesellschaft im Firmenbuch. Die Gesellschafter können aber auch vorzeitig durch eine Gesellschaftsvertragsänderung auf die Gründungsprivilegierung verzichten; dies ist nur möglich, wenn zumindest gleichzeitig mit der Anmeldung zur Eintragung dieser Änderung die gesetzlichen Mindesteinzahlungserfordernisse erfüllt sind. Eine Insolvenz während aufrechter Gründungsprivilegierung hat keinerlei Auswirkungen auf dieselbe: Die Gesellschafter müssen die noch offenen gründungsprivilegierten Stammeinlagen leisten, zu darüber hinausgehenden Zahlungen sind sie nicht verpflichtet (siehe schon Rz 27).

### B. Gesellschaftsvertragsänderung

- 35 **Zustimmung aller gründungsprivilegierten Gesellschafter:** Die Gesellschafter können auf die auf höchstens zehn Jahre befristete Gründungsprivilegierung vorzeitig durch Gesellschafterbeschluss verzichten. Da die Gründungsprivilegierung zwingend in den Gesellschaftsvertrag aufzunehmen ist, bedarf auch der Verzicht auf diese einer Änderung des Gesellschaftsvertrags. Im Gesellschaftsvertrag zu streichen sind sowohl die Inanspruchnahme der Gründungsprivilegierung als auch die dem jeweiligen Gesellschafter zugeordneten gründungsprivilegierten Stammeinlagen.<sup>44</sup> Für diesen Gesellschafterbeschluss gelten zunächst die herkömmlichen Mehrheitserfordernisse für Satzungsänderungen: Der Beschluss bedarf einer Mehrheit von drei Viertel der gültig abgegebenen Stimmen. Darüber hinaus muss beachtet werden, dass die vorzeitige Aufgabe des Gründungsprivilegs die Einzahlungsverpflichtungen der gründungsprivilegierten Gesellschafter verschärft, da nicht erst mit Ablauf der 10-Jahres-Frist, sondern mit Wirksamwerden der Gesellschaftsvertragsänderung die herkömmlichen Mindesteinzahlungspflichten zu erfüllen sind. Ein solcher Beschluss bedarf deswegen gem § 50 Abs 4 iVm Abs 5 der Zustimmung aller betroffenen Gesellschafter, dh aller gründungsprivilegierten Gesellschafter.<sup>45</sup>

<sup>43</sup> *Koppensteiner/Rüffler*, § 122 Rz 12.

<sup>44</sup> *Bachner*, RdW 2014, 118 f.

<sup>45</sup> Vgl allg hierzu *Koppensteiner/Rüffler*, § 50 Rz 11; *Milchrahm/Rauter* in WK § 50 Rz 61 ff.

**Erfüllung der Mindestzahlungserfordernisse:** Wie jede Gesellschaftsvertragsänderung ist auch die vorzeitige Beendigung der Gründungsprivilegierung zur Eintragung in das Firmenbuch anzumelden.<sup>46</sup> Vor Anmeldung der Änderung müssen jedoch gem § 10b Abs 5 Satz 1 die Mindestzahlungserfordernisse nach § 10 Abs 1 erfüllt sein. Daraus folgt, dass bei Aufgabe der Gründungsprivilegierung die Gesellschaft die für eine nicht gründungsprivilegierte GmbH geltenden Einzahlungserfordernisse nachholen muss. Spätestens im Zeitpunkt der Anmeldung der Änderung des Gesellschaftsvertrages muss daher auf jede bar zu leistende Stammeinlage ein Viertel, zusammen insgesamt € 17.500, eingezahlt sein, sofern die Bareinlagen nicht nach § 6a Abs 2–4 niedriger ausfallen. Bei der Berechnung der Mindesteinzahlungen sind die bereits geleisteten Zahlungen auf die gründungsprivilegierten Stammeinlagen zu berücksichtigen. Die auf die gründungsprivilegierten Stammeinlagen erbrachten Zahlungen müssen selbst dann nicht noch einmal geleistet werden, wenn diese im Zeitpunkt der Anmeldung der Gesellschaftsvertragsänderung bereits aufgebraucht sind. Zu leisten ist nur die Differenz zwischen den gesetzlichen Mindestzahlungserfordernissen (ohne Gründungsprivilegierung) und den bereits erbrachten Einzahlungen auf die gründungsprivilegierten Stammeinlagen (in nomineller Höhe). Für die Art der Erfüllung der Einzahlungspflichten gilt – auch wenn § 10b Abs 4 nicht auf § 10 Abs 2 GmbHG verweist – dieser entsprechend.<sup>47</sup> Die Einzahlungen können daher nur in gesetzlichen Zahlungsmitteln oder durch Gutschrift bei einem Kreditinstitut im Inland (zur Frage der Europarechtskonformität siehe § 10 Rz 15) auf dem Konto der Gesellschaft oder der Geschäftsführer zu deren freier Verfügung geleistet werden.

**Beilagen zur Anmeldung:** Dem Zweck der Regelungen der Kapitalaufbringung entsprechend müssen bei der Anmeldung eines Verzichts auf die Gründungsprivilegierung dieselben Unterlagen wie bei einer Gesellschaftsgründung beigelegt werden.<sup>48</sup> Konkret gefordert ist etwa die Erklärung der Geschäftsführer, dass die bar zu leistenden Stammeinlagen in dem eingeforderten Betrag eingezahlt worden sind und zur freien Verfügung der Geschäftsführer stehen (siehe § 10 Rz 27 ff). Auch die Bestätigung eines Kreditinstituts über die Leistung zur freien Verfügung ist der Anmeldung beizulegen.<sup>49</sup> Außerdem gilt das Haftungsregime des § 10 Abs 4 bis 6 GmbHG für die Einlagenleistung aus Anlass des Verzichtes auf die Gründungsprivilegierung.<sup>50</sup>

**Relevanter Zeitpunkt:** Vor allem in der Insolvenz der Gesellschaft ist der Zeitpunkt, zu dem die „normalen“ Einlagenpflichten der Gesellschafter wieder aufleben, von zentraler Bedeutung. Wie bei jeder anderen Gesellschaftsvertragsänderung wirkt auch bei Verzicht auf die Gründungsprivilegierung die Eintragung der Abänderung des Gesellschaftsvertrages in das Firmenbuch konstitutiv.<sup>51</sup> Erst mit diesem Zeitpunkt sind die Gesellschafter zur Einlagenleistung im herkömmlichen Umfang verpflichtet. Nur wenn die Insolvenzeröffnung nach der Eintragung der Satzungsänderung in das Firmenbuch erfolgte, kann der Insolvenzverwalter von den Gesellschaftern auch die nicht gründungsprivilegierten Einlagen fordern.<sup>52</sup>

<sup>46</sup> Allg zu diesem Erfordernis *Harrer* § 51 Rz 1 ff.

<sup>47</sup> *Bachner*, RdW 2014, 118.

<sup>48</sup> *Bachner*, RdW 2014, 118.

<sup>49</sup> So auch *Bachner*, RdW 2014, 118; *Rauter*, JAP 2013/2014/26, 236.

<sup>50</sup> Ebenso *Bachner*, RdW 2014, 118.

<sup>51</sup> *Bachner*, RdW 2014, 118.

<sup>52</sup> ErlRV 24 BlgNR 25. GP 28; *Bachner*, RdW 2014, 118.

**C. Zeitablauf**

- 39 **10-Jahres-Frist:** Die Gründungsprivilegierung endet gem § 10b Abs 5 Satz 2 GmbHG automatisch längstens zehn Jahre nach Eintragung der Gesellschaft in das Firmenbuch; das Ende der Gründungsprivilegierung ist somit an den Zeitablauf gebunden. Einer Satzungsänderung bedarf es zum Eintritt dieser Wirkung nicht.
- 40 **Anpassung des Gesellschaftsvertrags und des Firmenbuchs:** Mit dem Wegfall der Gründungsprivilegierung wird der Gesellschaftsvertrag unrichtig, ist in diesem doch die Inanspruchnahme der Gründungsprivilegierung und die Höhe der gründungsprivilegierten Stammeinlagen der einzelnen Gesellschafter enthalten. Die Gesellschafter sind daher angehalten, den Gesellschaftsvertrag entsprechend anzupassen. Mit dem Wegfall der Gründungsprivilegierung wird auch der Firmenbuchstand unrichtig, weist dieser doch noch auf die Inanspruchnahme der Privilegierung und die Höhe der gründungsprivilegierten Stammeinlagen hin. Eine amtswegige Löschung der GmbH wegen der unrichtigen Eintragung auf Grundlage der § 10 Abs 2 oder Abs 3 FBG scheidet in diesem Fall aber ebenso aus wie die Verhängung einer Zwangsstrafe gegen die Geschäftsführer nach § 24 FBG (siehe ausführlich Rz 48 f zur vergleichbaren Situation bei der GmbH „light“).
- 41 **Einlagenleistung:** Der Wegfall der Gründungsprivilegierung führt zum Aufleben der gesetzlichen Einlagenleistungspflicht im vollen Umfang. Die Gesellschafter müssen daher jedenfalls ihre Einlagenleistungen im gesetzlichen Mindestumfang gem § 10 Abs 1 erfüllen: Jeder Gesellschafter hat auf die von ihm übernommene Stammeinlage ein Viertel, wenigstens aber € 70 zu leisten.<sup>53</sup> Auf die bar zu leistenden Einlagen müssen zusammen insgesamt mindestens € 17.500 geleistet werden, sofern diese nicht nach § 6a Abs 2–4 geringer sind. Ab dem Wegfall der Gründungsprivilegierung müssen die Gesellschafter genau diesen Differenzbetrag leisten;<sup>54</sup> diese Pflicht verjährt in 40 Jahren ab Wegfall der Gründungsprivilegierung.<sup>55</sup> Eine Verrechnung der offenen Einlagenforderungen gegen die Gesellschafter mit allfälligen stehen gelassenen Gewinnen der GmbH scheidet wegen § 63 Abs 3 Satz 2 grds aus; es sei denn, es wird den Vorschriften über Sacheinlagen – die auf Forderungen anzuwenden sind – entsprochen.<sup>56</sup> Erfüllen die Gesellschafter ihre Pflicht zur Einlagenleistung nicht, greifen die allgemeinen Regelungen nach §§ 65 ff GmbHG. Eine amtswegige Löschung der Gesellschaft ist bei Säumigkeit der Gesellschafter zur Einlagenleistung nicht möglich.<sup>57</sup>
- 42 **Umgehungen:** Spätestens nach Ablauf der zehnjährigen Gründungsprivilegierung und dem damit einhergehenden Aufleben der Verpflichtung zur vollen Einlagenleistung dürften Fragen über Möglichkeiten zur weiteren Inanspruchnahme der Privilegierung virulent werden: Gesellschafter könnten aus wirtschaftlichen Gründen (etwa die Vermeidung der Pflicht zur erhöhten Einlagenleistung oder die nochmalige Inanspruchnahme der verminderten Mindest-KSt<sup>58</sup>) danach trachten, mittels Neugründung einer gründungsprivilegierten GmbH und Übertragung des bestehenden Unternehmens auf diese die Rechtsfolgen des Auslaufens der

<sup>53</sup> Die Mindesteinlageverpflichtung iHv € 70 ist im Anwendungsbereich der gründungsprivilegierten GmbH ohnehin erfüllt; vgl Rz 13, 19.

<sup>54</sup> ErlRV 24 BlgNR 25. GP 28 (zu dem noch in der RV vorgesehenen § 10b Abs 7); *Bachner*, RdW 2014, 118; *Moser*, GES 2014, 104.

<sup>55</sup> *Baier* § 63 Rz 28; *Schopper* in WK § 63 Rz 18.

<sup>56</sup> *Adensamer/Kerschbaum*, NZG 2014, 454; allg hierzu *Koppensteiner/Rüffler*, § 63 Rz 15.

<sup>57</sup> *Gelter* § 84 Rz 37; *Diregger* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> § 216 Rz 16; vgl auch *Zib* in *Zib/Dellinger*, UGB § 10 FBG Rz 55.

<sup>58</sup> S etwa *Schuschnigg*, SWK 2014, 415.



Gründungsprivilegierung zu vermeiden. Denkbar wäre etwa, dass eine neu gegründete gründungsprivilegierte GmbH das Unternehmen der Alt-GmbH nach § 38 UGB erwirbt oder dass die Alt-GmbH zur Aufnahme auf die neu gegründete GmbH verschmolzen wird.<sup>59</sup> Selbst wenn man diese Konstruktionen als unzulässige Gesetzesumgehungen qualifiziert,<sup>60</sup> erscheint deren praktischer Stellenwert – insb jener der Verschmelzungsvariante – fraglich: Für eine maximale Einstandspflicht iHv € 25.000 bzw einer maximal nachzuzahlenden Mindesteinlage iHv € 12.500 wird es sich im Regelfall kaum lohnen, eine Verschmelzung durchzuführen; insb auch in Hinblick darauf, dass die Einlagen bei der gesetzlich vorgeschriebenen Erhöhung sofort als working capital zur Verfügung stünden, während die Gebühren und Kosten einer Verschmelzung eine endgültige finanzielle Belastung darstellen. Unabhängig davon wird es für die Firmenbuchgerichte in der Praxis wohl nur schwer möglich sein, solche Umgehungsversuche bereits bei Eintragung der neuen GmbH zu bekämpfen.<sup>61</sup>

#### D. Rechtsfolgen

Endet die Gründungsprivilegierung – sei es durch Zeitablauf oder durch Änderung des Gesellschaftsvertrages –, unterliegen die (ehemals gründungsprivilegierte) GmbH und deren gründungsprivilegierte Gesellschafter denselben Regelungen wie jede andere GmbH. Die Gesellschafter müssen jedenfalls die Einlagen im gesetzlichen Mindestumfang nach § 10 Abs 1 GmbHG leisten. Darüber hinaus sind die Gesellschafter zur Einlagenleistung nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrages bzw mangels einer entsprechenden Regelung nach Beschlussfassung durch Gesellschafter gem § 35 Abs 1 Z 2 verpflichtet. Gesellschafter, die die von ihnen übernommene Stammeinlage noch nicht zur Gänze geleistet haben, sind in der Insolvenz zu deren sofortiger Leistung verpflichtet.<sup>62</sup>

## VI. Übergangsbestimmungen

### A. GmbH

**Gründung:** Die Erhöhung des gesetzlichen Mindeststammkapitals auf (wieder) € 35.000 gilt – wie aus einem Umkehrschluss aus § 127 Abs 14 GmbHG abzuleiten ist – für sämtliche Gesellschaften, die ab dem 1.3.2014 zur Eintragung in das Firmenbuch angemeldet werden. Damit sind Neugründungen ab diesem Stichtag nur mehr mit einem Mindeststammkapital von € 35.000 möglich. **44**

**Kapitalherabsetzung:** Gleiches gilt auch für Kapitalherabsetzungen: Die Herabsetzung des Stammkapitals auf unter € 35.000 ist gem § 54 Abs 3 iVm § 127 Abs 15 GmbHG ab dem 1.3.2014 nicht mehr möglich. Haben Gesellschaften noch vor dem 1.3.2014 eine Herabsetzung des Stammkapitals auf einen unter € 35.000 (aber zumindest € 10.000) liegenden Betrag angemeldet, so gilt für diese Kapitalherabsetzungen noch das gesetzliche Mindeststammkapital von € 10.000 (und § 54 Abs 3 GmbHG idF vor BGBl I 2014/13). **45**

### B. Gründungsprivilegierte GmbH

Die Möglichkeit zur Inanspruchnahme der Gründungsprivilegierung besteht gem § 127 Abs 13 GmbHG ab dem 1.3.2014. **46**

<sup>59</sup> *Bachner*, RdW 2014, 118.

<sup>60</sup> S hierzu *Bachner*, RdW 2014, 118.

<sup>61</sup> So auch *Bachner*, RdW 2014, 118.

<sup>62</sup> *Baier* § 63 Rz 25; *Koppensteiner/Rüffler*, § 63 Rz 5; *Schopper* in WK § 63 Rz 33.

**C. GmbH „light“**

- 47 Pflicht zur Erhöhung:** GmbHs, die zwischen dem 1.7.2013 und dem 28.2.2014 mit einem Stammkapital von weniger als € 35.000 gegründet worden sind, müssen gem § 127 Abs 16 ihr Stammkapital bis längstens 1.3.2024 auf zumindest € 35.000 erhöhen. Die Erhöhung des Kapitals kann hierbei – im Gegensatz zur Einlagenleistung bei Wegfall der in Anspruch genommenen Gründungsprivilegierung bei gründungsprivilegierten GmbHs (siehe oben Rz 41) – sowohl in Form einer ordentlichen Kapitalerhöhung nach § 52 GmbHG, als auch mittels Umbuchung allfällig vorhandener Gewinne in Stammkapital (Kapitalberichtigung) durchgeführt werden.<sup>63</sup> Die Eintragung der Kapitalerhöhung ist nach § 127 Abs 17 GmbHG von der Eintragungsgebühr befreit.
- 48 Amtswegige Löschung:** Die Rechtsfolgen der Unterlassung einer solchen Kapitalerhöhung werden vom Gesetz nicht geregelt. Eine Löschung der GmbH nach § 10 Abs 3 FBG, der eine Pflicht zum amtswegigen Einschreiten bei Vorliegen der Nichtigkeitsgründe des § 216 Abs 1 AktG statuiert,<sup>64</sup> kommt nicht in Betracht; das Verletzen der Mindestkapitalanforderungen nach § 6 GmbHG ist nach herrschender Ansicht nicht als ein derartiger Nichtigkeitsgrund anzusehen.<sup>65</sup> Auch eine Löschung der Gesellschaft auf Grundlage des § 10 Abs 2 FBG, der die amtswegige Löschung einer unrichtigen Eintragung ermöglicht, scheidet aus, da Abs 3 leg cit die Löschung – und nicht nur die Nichtigklärung – von Gesellschaften von Amts wegen nach hL nämlich abschließend regelt.<sup>66</sup>
- 49 Keine Verhängung von Zwangsstrafen:** Eine Verhängung von Zwangsstrafen nach § 24 FBG zur Erzwingung der erforderlichen satzungsändernden Kapitalerhöhung scheidet aus. Die Bestimmung sieht nämlich ein Beugemittel für jene vertretungsbefugten Personen der GmbH vor, die eine verpflichtende Anmeldung öffentlich-rechtlicher Natur nicht zum Firmenbuch vornehmen. Unabhängig von der strittigen Frage, ob die Verpflichtung zur Anmeldung einer Gesellschaftsvertragsänderung nach § 51 Abs 1 GmbHG lediglich der Gesellschaft gegenüber besteht oder öffentlich-rechtlicher Natur ist und somit in den Anwendungsbereich des § 24 FBG fällt,<sup>67</sup> setzt die Erhöhung des Stammkapitals auf das gesetzliche Mindestkapital jedenfalls einen gültigen Gesellschafterbeschluss voraus.<sup>68</sup> Einen solchen Beschluss kann die Geschäftsführung aber ebenso wenig wie das Firmenbuchgericht erzwingen.<sup>69</sup>
- 50 Haftung:** Fraglich ist, ob die Gesellschafter oder die Geschäftsführer zur Haftung herangezogen werden können, wenn der Pflicht zur Kapitalerhöhung nicht rechtzeitig nachgekommen wird. Für die Gesellschafter wird in der Lehre mitunter eine aliquote Differenzhaftung zwischen den eingezahlten Stammeinlagen und dem gesetzlichen Mindeststammkapital nach

<sup>63</sup> Adensamer/Kerschbaum, NZG 2014, 454.

<sup>64</sup> Diese gelten gem § 10 Abs 3 Satz 2 FBG sinngemäß auch für GmbHs.

<sup>65</sup> Gelter § 84 Rz 37; Diregger in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> § 216 Rz 16; vgl auch Zib in Zib/Dellinger, UGB § 10 FBG Rz 55; siehe auch Schuschnigg, SWK 2014, 415.

<sup>66</sup> Kodek in Kodek/Nowotny/Umfahrer, FBG § 10 Rz 65 ff; Gelter § 84 Rz 34; Zib in Zib/Dellinger, UGB § 10 FBG Rz 56; Diregger in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> § 216 Rz 39; MünchKommAktG/Diregger, § 275 Rz 84; Geist/Jabornegg in Jabornegg/Strasser, AktG<sup>3</sup> § 216 Rz 11; Burgstaller/Pilgerstorfer in Jabornegg/Artmann, UGB<sup>2</sup> § 10 FBG Rz 24; aA Auer, wbl 2001, 248; Koppensteiner/Rüffler, § 84 Rz 15; Zehetner in WK § 84 Rz 63.

<sup>67</sup> Gegen den öffentlich-rechtlichen Charakter Koppensteiner/Rüffler, § 51 Rz 2; Bachner, RdW 2014, 118; aA Zib in Zib/Dellinger, UGB § 24 FBG Rz 7 f; Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I<sup>2</sup> Rz 2/685.

<sup>68</sup> Im Ergebnis wie hier Diregger in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> § 216 Rz 16, 39 ff; Gelter § 84 Rz 37; ebenso zum Auslaufen der Gründungsprivilegierung bei einer § 10b-GmbH Bachner, RdW 2014, 118; aA aber Walch, ecolex 2014, 339.

<sup>69</sup> Siehe auch Schopper/Walch, NZ 2014, 197.

der gesetzlich vorgeschriebenen Kapitalerhöhung (€ 35.000) vertreten.<sup>70</sup> Im Gegensatz zur unproblematischen Situation bei Aufleben der vollen Einlageverpflichtung einer (ehemals) gründungsprivilegierten GmbH erscheint diese Lösung hier zweifelhaft, da noch keine konkrete Forderung der Gesellschaft gegenüber ihren Gesellschaftern entstanden ist, sondern bloß eine gesetzliche Verpflichtung auf Vornahme einer Kapitalerhöhung vorliegt. Die Geschäftsführer werden in aller Regel nicht zur Haftung herangezogen werden können, weil die Vornahme einer Kapitalerhöhung zwingend in die Kompetenz der Generalversammlung fällt<sup>71</sup> und die Geschäftsführung die Durchführung nicht erzwingen kann. Geht man aber davon aus, dass die verpflichtende Kapitalerhöhung einen wichtigen Grund zur Einberufung einer Generalversammlung iSd § 36 Abs 2 Satz 1 darstellt, und unterlässt die Geschäftsführung die Einberufung, könnten – bei Erfüllung der sonstigen Voraussetzungen – unter Umständen auch die Geschäftsführer haftpflichtig werden.<sup>72</sup>

<sup>70</sup> Schuschnigg, SWK 2014, 415.

<sup>71</sup> Statt aller Heidinger/Prechtl § 52 Rz 9; Anh § 53 § 2 KapBG Rz 2.

<sup>72</sup> Vgl auch Schopper/Walch, NZ 2014, 197.

