

I. Rechtsformwahl als betriebswirtschaftliches Entscheidungsproblem

Friedrich Fraberger

Gliederung	Seite
1. Einflussgrößen und Rechtsformwahl	3
2. Zielfindung und Entscheidungskalkül	6
3. Ausgewählte Parameter des Entscheidungskalküls	8
3.1 Die unternehmerische Entscheidungsstruktur	8
3.1.1 Geschäftsführung und Vertretung im Einzelunternehmen	10
3.1.2 Geschäftsführung und Vertretung der Offenen Gesellschaft	10
3.1.3 Geschäftsführung und Vertretung der Kommanditgesellschaft	11
3.1.4 Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft nach bürgerlichem Recht	12
3.1.5 Geschäftsführung und Vertretung der stillen Gesellschaft	13
3.1.6 Geschäftsführung und Vertretung bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung bzw der FlexKap	14
3.1.7 Geschäftsführung und Vertretung der Aktiengesellschaft	15
3.1.8 Geschäftsführung und Vertretung der Privatstiftung	16
3.1.9 Geschäftsführung und Vertretung der GmbH & Co KG	17
3.2 Die Gewinnbeteiligung und die Auseinandersetzung	17
3.2.1 Gewinnverteilung im Einzelunternehmen	18
3.2.2 Gewinnverteilung und Auseinandersetzung bei der Offenen Gesellschaft	18
3.2.3 Gewinnverteilung und Auseinandersetzung bei der Kommanditgesellschaft	19
3.2.4 Gewinnverteilung und Auseinandersetzung bei der Gesellschaft nach bürgerlichem Recht	20
3.2.5 Gewinnverteilung und Auseinandersetzung bei der stillen Gesellschaft	21
3.2.6 Gewinnverteilung und Auseinandersetzung bei der GmbH	22
3.2.7 Gewinnverteilung und Auseinandersetzung bei der Aktiengesellschaft	23
3.2.8 Gewinnverteilung und Auseinandersetzung bei der Privatstiftung	24
3.2.9 Gewinnverteilung und Auseinandersetzung bei der GmbH & Co KG	25
3.3 Die Haftung und die Kapitalbeschaffung	26
3.3.1 Haftung und Kapitalbeschaffung im Einzelunternehmen	26
3.3.2 Haftung und Kapitalbeschaffung in der Offenen Gesellschaft	27
3.3.3 Haftung und Kapitalbeschaffung in der Kommanditgesellschaft	28
3.3.4 Haftung und Kapitalbeschaffung bei der Gesellschaft nach bürgerlichem Recht	29
3.3.5 Haftung und Kapitalbeschaffung bei der stillen Gesellschaft	29
3.3.6 Haftung und Kapitalbeschaffung bei der GmbH	30
3.3.7 Haftung und Kapitalbeschaffung bei der Aktiengesellschaft	31
3.3.8 Haftung und Kapitalbeschaffung bei der Privatstiftung	32
3.3.9 Haftung und Kapitalbeschaffung bei der GmbH & Co KG	33

I. Rechtsformwahl als betriebswirtschaftliches Entscheidungsproblem

Fraberger

3.4 Die Besteuerungsprinzipien	33
3.4.1 Besteuerung des Einzelunternehmens	34
3.4.2 Besteuerung der (echten) stillen Gesellschaft	34
3.4.3 Besteuerung der steuerlichen Mitunternehmerschaften, besonders der Personengesellschaften	35
3.4.4 Besteuerung der Kapitalgesellschaften	39

Literatur:

Selbständige Publikationen:

Beranek, Die steuerlich optimale Rechtsform der Unternehmung, Hamburg 1993; *Ullrich*, Die Rechtsformgestaltung gewinnstarker Unternehmen, Wien 1996; *Hirschler*, Rechtsformplanung im Konzern, Wien 2000; *Fritz*, Gesellschafts- und Unternehmensformen³, Wien 2007; *Kanduth-Kristen*, Rechtsformneutrale Unternehmensbesteuerung, Wien 2007; *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht, Wien 2008; *Birnbauer/Sigmund-Akhavan Aghdam*, Unternehmensbesteuerung und Rechtsformwahl⁵, Wien 2023; *Brauner/Peyrl/Pum/Urban*, Rechtsformwahl in der Land- und Forstwirtschaft, Wien 2014; *Madl*, Unternehmensgründung leicht gemacht, Wien 2014; *Hübner-Schwarzinger/Kanduth-Kristen*, Rechtsformgestaltung für Klein- und Mittelbetriebe², Wien 2016; *Novosel-Schreiner*, Steueroptimale Rechtsformwahl bei operativer Tätigkeit deutscher Personengesellschaften in Österreich, Wien 2017; *Bergmann/Kalss*, Rechtsformwahl, Wien 2020; *Aumüllner/Verweijen* (Hrsg), FlexKapGG und start-up-FörderungsG, Wien 2024; *Brünner*, GmbH/FlexKapG – von der Gründung bis zur Auflösung, Wien 2024; *Rastegar/Rastegar* (Hrsg), FlexKapGG, Wien 2024; *Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky* (Hrsg), Flexible Kapitalgesellschaft, Wien 2024; *Zwick* (Hrsg), Praxishandbuch FlexCo, Wien 2024.

Beiträge in Sammelwerken:

Bertl, Unternehmensgründung, in *Bertl et al* (Hrsg), Handbuch der Unternehmenspraxis, Wien 1986; *Bertl*, Die Wahl der steueroptimalen Rechtsform unter besonderer Beachtung der KMU, in *Bertl et al* (Hrsg), Von der Gründung bis zur Liquidation, Wien 2003; *Matzka*, Optimale Rechtsform im Konzern: Personengesellschaft vs. Kapitalgesellschaft, in *Fraberger et al* (Hrsg), Handbuch Konzernsteuerrecht², Wien 2014; *Brunner*, Rechtsformgestaltung für Freiberufler im Lichte der Steuerreform 2015/16, in *Höfle/Mitterer* (Hrsg), Freie Berufe und Sozialversicherung, FS Sedlacek, Wien 2016; *Reiner/Reiner*, „Check the box“ auch in Österreich? Sollen Personengesellschaften künftig auch in Österreich nach dem Vorbild von Deutschland zur Körperschaftsteuer optieren können? in *Beiser et al* (Hrsg), Körperschaften im Steuerrecht, FS Zorn, Wien 2022.

Beiträge in Zeitschriften:

Tumpel/Kristen, Steuerreform 2004/2005 und Rechtsformwahl – Teil 1 und 2, ÖStZ 2004, 162 und 182; *Pössinger*, Die Wahl der „geeigneten“ Rechtsform nach der Steuerreform 2004/2005, SWK 2005, W 53, W 65, W 75 und W 95; *Wala/Szauer*, Steueroptimale Rechtsform versus rechtsformneutrale Unternehmensbesteuerung, taxlex 2006, 388; *Hirschler/Grangl*, Rechtsformwahl 2010, UFS-Journal 2010, 126; *Konwitschka/Perner/Petritz-Klar*, Rechtsformwahl für Start-ups, ecolex 2013, 852; *Kanduth-Kristen*, Optimale Höhe von Geschäftsführerbezügen und Vorteilhaftigkeitsvergleich zwischen Einzelunternehmen und Ein-Personen-GmbH, taxlex 2015, 230; *Klinglmair*, Steuerreform 2015/16 und Rechtsformwahl, SWK 2015, 989; *Novosel*, Die Auswirkungen der Steuerreform 2015/16 auf die steuerliche Rechtsformwahl in Österreich, taxlex 2015, 224; *Wiedermann/Wiplinger*, Rechtsformwahl und Steueroptimierung bei Gründung, Erwerb und Verkauf von Familienunternehmen, ecolex 2016, 338; *Lampert*, Ist die GmbH sinnvoll? Günstigkeitsvergleich mit einem Einzelunternehmen, SWK 2017, 1165.

Als Rechtsform bezeichnet man den rechtlichen Rahmen des Unternehmens, das sind die wesentlichen Eigenschaften der rechtlichen Organisation. Öffentliches und privates Recht stellen dabei eine geschlossene Anzahl von Rechtsformen zur Verfügung, im Wege der Privatautonomie kann keine neue Gesellschaftsform erfunden werden. Der OGH bezeichnet dies als *Numerus Clausus der Gesellschaftsformen* (OGH 3. 4. 1986, 7 Ob 508/86, zuletzt OGH 9 Ob 74/21d SZ 2022/9).

Die Wahl der Rechtsform ist eines der ersten Probleme, das sich den prospektiven Gründern eines Unternehmens stellt. Sie liegt an und für sich im privatautonomen, freien Ermes-

sen der Gründer, außer das Gesetz schreibt explizit die Rechtsform für bestimmte unternehmerische Tätigkeiten vor (so zB § 5 Abs 1 BWG: Kreditinstitute erhalten die Konzession, wenn diese in der Rechtsform der Kapitalgesellschaft, Genossenschaft oder Sparkasse geführt werden sollen; § 8 Abs 1 VAG: inländische Versicherungsunternehmen dürfen nur in der Rechtsform einer AG, einer Europäischen Gesellschaft [SE] oder eines Versicherungsver eins auf Gegenseitigkeit betrieben werden usw). Die Wahl der Rechtsform wird einerseits von Umweltbedingungen (Konjunkturlage, politischen Konstellationen, Rechtsvorschriften), andererseits von persönlichen Interessen bzw rechtlichen und betriebswirtschaftlichen Erfordernissen (leichtere Kapitalaufnahme, Haftungsbeschränkung bei riskanten Geschäften, gewerberechtliche Geschäftsführung, sozialversicherungsrechtliche Aspekte) beeinflusst. Zwischen den oft gegenläufigen (Rechtsform-)Interessen der Gründer (= persönliche Motive) und den tatsächlichen betriebswirtschaftlichen (Rechtsform-)Erfordernissen (= betriebliche Motive) muss ein Kompromiss gefunden werden: Die Wahl der Rechtsform stellt sich somit als betriebswirtschaftliches Entscheidungsproblem. Die Frage der Rechtsform kann aber auch während des Unternehmensbestandes auftauchen, wenn Steuer- oder sonstige Rechtsreformen (zB Einführung der Mindestkörperschaftsteuer, Änderung der gewerberechtlichen Vorschriften) die eine oder andere Rechtsform günstiger erscheinen lassen (dies ist verfassungsrechtlich unbedenklich, weil jeder Rechtsträger die Möglichkeit der freien Wahl zwischen den Rechtsformen bzw die Möglichkeit der Umgründung zur Änderung der Rechtsform hat: VfGH 29. 8. 1994, B 1386/94 [„volenti non fit iniuria“) bzw wenn sich wirtschaftliche und rechtliche Verhältnisse geändert haben (zB Verbot bestimmter Gesellschaftsformen für Bankgeschäfte). Die Rechtsformwahl muss daher – obwohl sie als konstitutive Rahmenentscheidung des Unternehmens bezeichnet wird – laufend überprüft, den gegebenenfalls geänderten Verhältnissen (zB Gesetzesänderung, Änderung der Rechtsprechung, Änderung im Gesellschafterbestand) angepasst und optimiert werden.

Die Rechtsformwahl ist eine konstitutive Rahmenentscheidung des Unternehmens, mit der langfristig die Strukturen unternehmerischer Tätigkeit festgelegt werden. Sie stellt sich daher als komplexes Entscheidungsproblem dar, in dem die Zielvorstellungen der Unternehmenseigentümer (= Entscheidungsträger) mit den betriebswirtschaftlichen Erfordernissen in Einklang gebracht werden müssen. Die Betriebswirtschaftslehre systematisiert die Einflussfaktoren der Rechtsformwahl, stellt ihre Ausprägung für die einzelnen Rechtsformalternativen dar und erarbeitet geeignete Auswahlverfahren zur Zielverwirklichung. Sie muss dabei aber besonders auf die rechtlichen Rahmenbedingungen Bedacht nehmen.

1. Einflussgrößen und Rechtsformwahl

Formelle Kriterien der Rechtsformwahl können direkt von den einzelnen Rechtsnormen des Gesellschaftsrechts abgeleitet werden (vgl dazu die nachfolgende Tabelle).

Rechtsform	Gesetz	Gründerzahl	Rechtspersönlichkeit	Form des Gründungsaktes	Eigenkapitalgeber	Geschäftsführer	Mindestkapital	Haftung
EUnt	UGB	1	Nein	formlos	Inhaber	Inhaber	nein	voll
GesBR	ABGB	2	Nein	formlos	Gesellschafter	Gesellschafter	nein	voll

I. Rechtsformwahl als betriebswirtschaftliches Entscheidungsproblem

Fraberger

Rechtsform	Gesetz	Gründerzahl	Rechtspersönlichkeit	Form des Gründungsaktes	Eigenkapitalgeber	Geschäftsführer	Mindestkapital	Haftung
Stille G	UGB	2	Nein	formlos	Gesellschafter	–	nein	Einlage
KG	UGB	2	Nein	formlos	Gesellschafter	Kompl	Komm	Einlage
OG	UGB	2	Nein	formlos	Gesellschafter	Gesellschafter	nein	voll
GmbH (priv)	§ 10b GmbHG	1	Ja	Notariatsakt	Gesellschafter	Gesellschafter	€ 10.000	Ges-Vermögen
GmbH	GmbHG	1	Ja	Notariatsakt	Gesellschafter	Gf, AR, GenVer	€ 35.000	Ges-Vermögen
Flex-Kap	Flex-KapGG	1	Ja	Notariatsakt	Gesellschafter	Gf, AR, GenVer	€ 10.000	Ges-Vermögen
AG	AktG	2	Ja	Notarielle Beurkundung	Aktionäre	Vorstand, AR, HV	€ 70.000	Ges-Vermögen
Gen	GenG	2	Ja	Firmenbuch	Genossenschafter	Vorstand, AR; GeV	nein	Nachschusspflicht
Privatstiftung	PSG	1	Ja	Firmenbuch	Stifter	Stiftungsvorstand	€ 70.000	Stiftungsvermögen

Als zusätzliche Rechtsformen stehen die jeweils grenzüberschreitend möglichen Rechtsformen EWIV (= Europäische wirtschaftliche Interessensvereinigung) sowie die Europäische Aktiengesellschaft zur Verfügung. Die EWIV wird aufgrund der EWIV-VO im Wesentlichen nach dem Recht der OG beurteilt, während für die Europäische Aktiengesellschaft (SE) die sog SE-VO sowie die innerstaatliche Umsetzung in BGBl I 2004/67 gelten.

Formelle Kriterien haben im Regelfall auch Auswirkungen auf die **materielle** (= **tatsächliche**) **Gestaltung der Rechtsform**. Materielle Gestaltung bedeutet dabei, unter Beachtung der formellen Kriterien diejenige Rechtsform oder Mischform verschiedener Rechtsformarten (zB GmbH & Co KG) zu finden, die den Bedürfnissen der Unternehmensgründer (= persönliche Motive) und des Unternehmers (= betriebliche Motive) gleichermaßen entspricht.

Mittelbare Einflussgrößen, die sich auf den (Um)Strukturierungsprozess auswirken, sind die Auswirkung auf bestehende Rechtsverhältnisse (Einzel-/Gesamtrechtsnachfolge) sowie die Kosten der Rechtsformwahl und der Rechtsformänderung (Beratungs- und Vertragserrichtungskosten, Verkehrssteuern – beachte allerdings die Befreiungen nach dem UmgrStG!) sowie die aus der Rechtsformänderung erwachsenden (Synergie-)Vorteile (zB Wechsel aus einer kleinen GmbH in die FlexKap zwecks steueroptimierter Mitarbeiterbeteiligung).

Unmittelbare Einflussgrößen, die das Unternehmen während der gesamten Lebensdauer des Unternehmens beeinflussen, sind

- **Unternehmerinitiative**
(= Geschäftsführerrechte, Mitsprache- und Kontrollrechte der Unternehmenseigentümer, personalistische oder kapitalistische Entscheidungsstruktur)
- **Corporate Governance**
(Gestaltbarkeit der Unternehmensorganisation sowie der internen und externen Überwachung)
- **Haftung**
(unbeschränkt – beschränkt, unmittelbar – mittelbar (über Einlage), solidarisch – einzeln)
- **Arbeitnehmermitbestimmung**
(= arbeitsrechtliche [Betriebsrat] und unternehmerische [Aufsichtsrat] Mitbestimmung, Mitarbeiterbeteiligung)
- **Prüfungs- und Publizitätspflicht**
(Erweiterte Rechnungslegungspflichten bei Überschreiten der Größenmerkmale nach § 221 UGB; Pflichtprüfung gem § 268 UGB, Gliederungsvorschriften für Bilanz und GuV gem §§ 224 und 231 UGB, Anhang gem § 236 UGB, Lagebericht gem § 243 UGB, Erstellung von Konzernabschlüssen – Befreiung von sog „Kleinstkapitalgesellschaften“ nach § 221 Abs 1a UGB von der Pflicht einen Anhang aufzustellen, wenn respektive Angaben unter der Bilanz gemacht werden)
- **Kapitalbeschaffung**
(Kapitalmarktfähigkeit iSd KMG; Anonymität; Stückelung; Möglichkeit, hybride Finanzierungsinstrumente einzusetzen)
- **Gewinn- und Verlustbeteiligung**
(Ausmaß der Gestaltbarkeit bei einzelnen Rechtsformen)
- **Entnahmemöglichkeit**
(gestaltbare Entnahme oder Begrenzung durch Gewinne, Aufwendigkeit des Verfahrens bei Kapitalrückzahlung)
- **Mobilität und Fungibilität der Unternehmensanteile**
(Steuerbelastung bei Verkauf, Abschreibbarkeit des Kaufpreises, Teilbarkeit, Veräußerungs- und Abtretungsbeschränkungen)
- **Unternehmensnachfolge und Erbregelung**
(personalistische oder kapitalistische Struktur, Untergehen oder Übertragung von Unternehmensanteilen, Möglichkeit der Pflichtteilsbeschränkung bei Anteilen)
- **Steuerbelastung**
(unterschiedliche Tarife, Durchgriffs- oder Trennungsprinzip, unterschiedliche Befreiungsbestimmungen für einzelne Rechtsformen, Steuerbelastung bei entgeltlicher oder unentgeltlicher Anteilsübertragung; Steuerbegünstigung bei Mitarbeiterbeteiligung über FlexKap)

Das Ziel der Rechtsformwahl ist es nun, jene Rechtsform zu finden, die aus der Sicht der Entscheidungsträger die geringsten negativen Auswirkungen hat.

2. Zielfindung und Entscheidungskalkül

Für die Bestimmung der jeweils adäquaten, optimalen Rechtsform sind neben den in I.1 angeführten, rational erklärbaren (quantifizierbaren und nicht quantifizierbaren) Bestimmungsgründen auch persönliche Präferenzen der Entscheidungsträger (= der Unternehmensgründer bzw. -eigentümer) ausschlaggebend. Diese sind oft nur im Unterbewusstsein der Entscheidungsträger präsent und im Regelfall stimmen die persönlichen Präferenzen nicht überein, was zu interpersonellen Interessenskonflikten führt. Um einen größtmöglichen Konsens aller Entscheidungsträger herbeizuführen, scheint es sinnvoll, Vorlieben und Abneigungen der Unternehmensgründer für verschiedene Rechtsformen in einem mehrdimensionalen Punktesystem zu erfassen und mit einem simultanen Verfahren die optimale Rechtsform zu ermitteln. Die Praxis geht aber oft den „Weg des kleinsten gemeinsamen Nenners“, dh, die Entscheidungsträger wählen eine eindimensionale Zielgröße aus, deren ausreichend positive oder negative Ausprägung die Rechtsformwahl bestimmt (zB: Welche Rechtsform hat die geringste Steuerbelastung? Welche Rechtsform beschränkt die Haftung vollständig?).

Die optimale Rechtsform unter Berücksichtigung der Präferenzen der Entscheidungsträger kann im Rahmen eines sukzessiven oder simultanen Planungsansatzes berücksichtigt werden.

Das **sukzessive Verfahren der Rechtsformwahl** setzt voraus, dass das Entscheidungsproblem in abgrenzbare Teilprobleme zerlegbar ist, die dann einzeln entschieden, systematisiert und gereiht werden. Da die Grenzen zwischen den Teilproblemen oft fließend sind, kann es zu Rückkoppelungsprozessen kommen, die zur Revidierung von Vorentscheidungen führen.

Beispiel:

A, B und C wollen einen Handel mit Wintersportgeräten betreiben. Alle drei einigen sich darauf, bis zu einem bestimmten Betrag ein freies Entnahmerecht zu haben; dies ist nur bei den Personengesellschaften des UGB möglich. Andererseits sollen die Geschäftsführergehälter von A, B und C steuerrechtlich abzugsfähig sein sowie die Haftung der drei Unternehmensgründer auf ein Minimum beschränkt werden, da der Geschäftsgang und damit die Liquidität vom unbeständigen Wetter und der Schneelage abhängen; nach geltendem Recht ist dies nur in Form einer Kapitalgesellschaft möglich. Da die beiden letztgenannten Einflussgrößen für die drei Entscheidungsträger wichtiger sind als die freie Entnahmemöglichkeit, wird die ursprüngliche Entscheidung für eine Personengesellschaft des Unternehmensrechtes verworfen und die Gründung einer Kapitalgesellschaft angestrebt.

Bei einem **simultanen Verfahren der Rechtsformwahl** werden die relevanten Kriterien und Präferenzen aller Entscheidungsträger gleichzeitig in einem Lösungsprozess berücksichtigt. Bekannte Modelle sind die Eignungsprofile, Punktebewertungs- bzw. Scoringmodelle. Beim Punktebewertungsverfahren erfolgt die Darstellung des Entscheidungsproblems und seiner Lösung in einer Matrix mit drei Spalten:

1. Entscheidungsrelevante Kriterien
2. Alternative Rechtsformen
3. Bewertung der Kriterien

Vor der Ermittlung der optimalen Rechtsform müssen die möglichen Rechtsformvarianten selektiert und entscheidungsrelevante Kriterien bestimmt werden. Jeder der beteilig-

ten Entscheidungsträger kann dabei seine Gesichtspunkte in die Entscheidungsmatrix einbringen; die Selektion der Rechtsformen wird insofern erleichtert, als bestimmte formelle Kriterien von Rechtsformen (vgl dazu I.1) a priori von den Entscheidungsträgern abgelehnt werden oder nicht erfüllt werden können.

Die entscheidungsrelevanten Kriterien der alternativen Rechtsformen werden mit Punkten aufgrund des spezifischen Präferenzprofils der Unternehmenseigentümer bewertet.

Beispiel:

Drei Personen A, B und C wollen ein Unternehmen gründen und ermitteln folgende Eignungsgrade der Rechtsformen bzw individuelle Gewichtungen (Skala von 0 [kein Gewicht] bis 5 [höchstes Gewicht]):

Kriterien	Eignung der Rechtsform				Gewichtung durch Gesellschafter		
	KG	GmbH	GmbH & Co KG	Doppelges	A	B	C
Leitungsbefugnis	5	5	5	5	3	3	0
Beschränkte Haftung	1	5	5	5	3	3	3
Keine Offenlegung/ Prüfung	5	2	4	4	1	3	3
Kein Rechtsformaufwand	5	4	2	1	2	1	2
Steuerbelastung	2	3	4	5	3	3	2

Ausgehend von obiger, durch die Entscheidungsträger aufzustellender Tabelle erfolgt die Bewertung und Auswahl der Rechtsformen durch Multiplikation der individuellen Gewichtung mit dem Eignungsgrad (= Punktwertmatrix).

Rechtsform	Punktwert je Gesellschafter			Summe Punkte
	A	B	C	
KG	39	44	32	115
GmbH	49	49	35	133
GmbH & Co KG	50	56	39	145
Doppelges	51	58	39	148

Gesellschafter A bevorzugt die Doppelgesellschaft, ebenso Gesellschafter B, während Gesellschafter C indifferent zwischen der GmbH & Co KG und einer Doppelgesellschaft ist. Die Bildung der Quersumme bei den einzelnen Rechtsformen zeigt die nur knappe Überlegenheit der Doppelgesellschaft (148 Punkte) über die GmbH & Co KG, die aufgrund der Individualbewertungen (A und B präferierten die Doppelgesellschaft, C war zwischen Doppelgesellschaft und GmbH & Co KG indifferent) viel deutlicher schien.

Zwei Tatsachen können den Aussagewert des Punktebewertungsmodells jedoch beeinträchtigen: Der Entscheidungsträger hat in der Regel keinen ausreichenden Wissensstand, um die Kriterienfindung und -beurteilung selbständig durchzuführen bzw stellen die Rechtsnormen betreffend formelle Kriterien (zB Geschäftsführung, Vertretung, Gewinn- und Verlustverteilung) dispositives Recht dar, das durch Gesellschaftsvertrag geändert werden kann,

I. Rechtsformwahl als betriebswirtschaftliches Entscheidungsproblem

Fraberger

sodass eine eindeutige Aussage hinsichtlich der Ausprägung einzelner Entscheidungskriterien für die einzelne Rechtsformart nicht möglich ist. Hier ist eine Diskussion der Rechtsformentscheidung zwischen den Entscheidungsträgern unter Berücksichtigung der besonders entscheidungsrelevanten Kriterien der Rechtsformwahl notwendig, um einen ausreichenden Verständnis- und Problembewusstmachungsprozess zu erreichen.

3. Ausgewählte Parameter des Entscheidungskalküls

3.1 Die unternehmerische Entscheidungsstruktur

Eines der wichtigsten Kriterien der oa Entscheidungsfindung ist die unternehmerische Entscheidungsstruktur, das ist die unternehmerische Einflussnahme auf das Entscheidungsverhalten im Unternehmen. Die Rechtsform des Unternehmens kann überwiegend kapitalistisch oder personalistisch strukturiert sein. Die Ausgestaltung unterscheidet sich dabei vor allem in den Entscheidungsebenen Unternehmensleitung, Unternehmenskontrolle und Eigentümerrechte.

Im Falle der **kapitalistischen Rechtsorganisation** sind alle drei Entscheidungsebenen institutionalisiert und streng voneinander getrennt, was sich am Beispiel der Aktiengesellschaft leicht demonstrieren lässt. Die Unternehmensleitung obliegt gem § 70 AktG dem Vorstand, die Unternehmenskontrolle gem § 95 AktG dem Aufsichtsrat, während die Aktionäre in der Hauptversammlung ihre Eigentümerrechte iSd §§ 103, 104 AktG ausüben. Die Trennung dieser drei Ebenen ist nicht nur institutionsmäßig, sondern zeigt sich auch in der Weisungsungebundenheit des Vorstandes iSd § 70 Abs 1 AktG (der Vorstand hat als Leitlinie das Wohl des Unternehmens zu beachten; Interessen der Aktionäre, der Belegschaft sowie öffentliche Interessen sind nur sekundär, aber einander gleichrangig zu beachten), weiters in der Tatsache, dass Gesellschafterinteressen nur mittelbar, dh, über den Aufsichtsrat durchgesetzt werden können (vgl § 95 Abs 5 AktG: Der Aufsichtsrat kann – trotz prinzipieller Weisungsungebundenheit des Vorstandes – anordnen, dass bestimmte Angelegenheiten der Geschäftsführung an seine Zustimmung gebunden sind). Die Hauptversammlung – als Versammlung der Eigentümer des Unternehmens – entscheidet gem § 103 Abs 2 AktG nur dann über Fragen der Geschäftsführung, wenn der Aufsichtsrat bei Vorbehaltsgeschäften iSd § 95 Abs 5 AktG oder der Vorstand dies verlangt. Die Satzung der AG darf ex lege der Hauptversammlung kein Weisungs- oder Zustimmungsrecht zu Agenden des Vorstandes einräumen. Ein Übergang der Entscheidungskompetenz auf die Hauptversammlung ist nach OGH 11. 3. 1996, 1 Ob 566/95, oder 9. 10. 2014, 6 Ob 77/14p, allerdings denkmöglich, wenn der Vorstand Maßnahmen setzen will, nach deren Durchführung die satzungsgemäßen Ziele der Aktiengesellschaft nicht mehr erreicht werden können (sog „Holzmüller“- bzw „Gelatine“-Judikatur des BGH). Eine Verletzung dieser Vorlagepflicht an die Hauptversammlung führt allerdings nicht zur Nichtigkeit der Vorstandsentscheidung im Außenverhältnis, sondern macht den Vorstand und ggf auch den Aufsichtsrat schadenersatzpflichtig (OGH 9. 10. 2014, 6 Ob 77/14p oder 24. 3. 2023, 6 Ob 233/22s). Bei der GmbH gilt die „Holzmüller-Doktrin“ wegen deren stärker personalistischen Struktur erst recht (§ 35 Abs 1 Z 7 GmbHG bzw OGH 18. 3. 2016, 9 ObA 58/15t oder 26. 4. 2018, 6 Ob 38/18h).

Bei **personalistisch strukturierten Rechtsformen** fehlt die den kapitalistischen Strukturen inhärente Starrheit und Formstrenge der Kompetenzverteilung. Es besteht – im Gegen-

teil – aufgrund dispositiven Rechts eine Einheit von Vermögens-, Gewinn- und Stimmrechten und im Regelfall Identität zwischen Geschäftsführung und Gesellschaftern. Mangels anders lautender gesellschaftsvertraglicher Regelung ist jeder einzelne (unbeschränkt haftende) Gesellschafter zur Geschäftsführung in Angelegenheiten, die der Betrieb des Unternehmens mit sich bringt (aber Widerspruchsrecht jedes einzelnen Gesellschafters!), und zur Vertretung befugt. Bei Geschäften, die über den normalen Umfang des Geschäftes hinausgehen (Großinvestitionen, Kartellverträge, Geschäfte mit hohem Risiko, branchenunübliche Kredite, ...), entscheidet is einer Gesamtgeschäftsführung die Gemeinschaft der Gesellschafter. Das bedeutet, dass letztendlich die Gesamtheit aller Gesellschafter das zentrale Leitungsgremium darstellt, und zwar auch dann, wenn die Geschäftsführung auf einen Beirat übertragen worden sein sollte (Prinzip der Verbandssouveränität). Die bei kapitalistischer Struktur in Form des Aufsichtsrates bestehende Kontrollinstanz erübrigt sich bei personalistischen Strukturen, da aufgrund § 112 UGB eine Treuepflicht für alle Gesellschafter besteht, aufgrund der sie die Interessen der Gesellschaft und der anderen Gesellschafter zu wahren, die Erreichung des gemeinsam gesetzten Zieles der Gesellschaft zu fördern und eine Schädigung der Gesellschaft zu unterlassen haben. Dies bedeutet, dass die Gesellschafter das Betriebs- und Geschäftsgeheimnis wahren müssen und den Kredit und das Ansehen der Gesellschaft sowie auch der einzelnen Gesellschafter nicht schädigen dürfen. Die Treuepflicht besteht aber nicht nur der Gesellschaft, sondern auch den anderen Gesellschaftern gegenüber: Widerspruchsrechte können nur dann ausgeübt werden, wenn dies das gemeinsame Interesse der Gesellschafter erfordert. Nach hA wäre auch eine treuwidrige Stimmrechtsausübung unbeachtlich bzw macht diese schadenersatzpflichtig. Entnahmen dürfen trotz anderer gesellschaftsvertraglicher Regelung aufgrund der Treuepflicht nicht getätigt werden, wenn die Liquiditätslage der Personengesellschaft angespannt ist und eine Entnahme die Insolvenz hervorrufen könnte (OGH 20. 1. 1983, 8 Ob 580/82 HS 14.077) – dasselbe gilt auch für die Kapitalgesellschaft (OGH 13. 1. 2013, 6 Ob 100/12t). Andererseits ist es dem einzelnen Gesellschafter gestattet, seine eigenen berechtigten („eigen-nützigen“) Interessen, wie zB Recht auf Information, Kontrolle, Gewinnanteil, Kündigung usw zu verfolgen, soweit dies nicht gegen den Gesellschaftszweck verstößt – es kann daher der einzelne Gesellschafter nicht über den Umweg der Treuepflicht zur Zustimmung zu für andere Gesellschafter vorteilhafte Maßnahmen gezwungen werden, nur weil sie für die anderen Gesellschafter nicht nachteilhaft sind (OGH 16. 8. 2024, 6 Ob 64/24s). Die Quintessenz der Treuepflicht ist daher, dass das Gesellschaftsinteresse dem Individualinteresse vorgeht, soweit dies zur Erfüllung des Gesellschaftszweckes notwendig ist – die Unternehmenskontrollinstanz der kapitalistischen Struktur (= Aufsichtsrat) entfällt daher.

Die Gesellschafter als unternehmensleitende und kontrollierende Instanzen sind gleichzeitig auch (Gesamthand-)Eigentümer und unterliegen im Gegensatz zur kapitalistischen Struktur einer unmittelbaren, primären, unbeschränkten, persönlichen, solidarischen und nach außen hin unbeschränkbar Haftung (Ausnahme: Kommanditist!). Ein Gesellschafterwechsel (über Aufnahmevertrag, einfache unqualifizierte Nachfolgeklausel, Fortsetzungsklausel, Eintrittsklausel oder sonstige Mitgliedschaftsübertragung) bedarf der Zustimmung aller Gesellschafter und stellt – soweit nicht vorweg im Gesellschaftsvertrag gebilligt – eine Änderung des Gesellschaftsvertrages dar.

I. Rechtsformwahl als betriebswirtschaftliches Entscheidungsproblem

Fraberger

Folgende Tabelle fasst die Extremausprägungen kapitalistisch und personalistisch strukturierter Unternehmensformen zusammen:

Entscheidungsebene	Personalistische Struktur	Kapitalistische Struktur
Leitung	Identität Eigentümer und Geschäftsführer; jeder (unbeschränkt haftende) Gesellschafter = Vertreter; weisungsgebundene Geschäftsführung	Institutionelle Autonomie der Geschäftsführung; alleinige Vertretung nach außen, weisungsfreie Geschäftsführung
Kontrolle	Unmittelbar durch Eigentümer	Mittelbar über den Aufsichtsrat
Eigentümerrechte/-pflichten	Volle Mitsprache bei der Geschäftsführung; volle Haftung; Treuepflicht; Gesellschafterwechsel nur mit Zustimmung aller anderen Gesellschafter	Mitsprache bei Geschäftsführung nur in Ausnahmefällen bzw. bei Ersuchen; Haftung nur mit Nominalkapital, aber Einlagepflicht, volle Fungibilität der Anteile

3.1.1 Geschäftsführung und Vertretung im Einzelunternehmen

Im Einzelunternehmen ist für Geschäftsführung und Vertretung nach außen hin prinzipiell der Unternehmer selbst zuständig. Er kann jedoch im Falle, dass er Unternehmer iSd §§ 1–3 UGB oder eingetragener Nichtunternehmer iSd § 4 Abs 1 UGB ist, Prokura (§§ 48 ff UGB) bzw. Handlungsvollmacht (§§ 54 ff UGB) erteilen. Während dem Geschäftsinhaber volle Entscheidungs- und Vertretungsbefugnis zukommt, gelten für den Prokuristen und den Handlungsbevollmächtigten die im UGB angeführten Beschränkungen des Entscheidungsbereichs (höchstpersönliche Rechte des Geschäftsinhabers oder Entscheidungen, die die Unternehmenssubstanz angreifen könnten, zB die Veräußerung und Belastung von Liegenschaften oder die Stilllegung oder Veräußerung des gesamten Unternehmens). Die Abgrenzung von Unternehmer und Nichtunternehmer (mit der Wahlmöglichkeit, „eingetragener Nichtunternehmer“ iSd § 4 Abs 1 UGB zu werden) ist sowohl anhand quantitativer (zB Umsatz, Anzahl und Art der Beschäftigten, Wert der Geschäftsvorgänge, Gewinn, Investitionsvolumen, Trennung von Anlage- und Umlaufvermögen, Inanspruchnahme von Krediten, Kontokorrentverkehr, Rechnungverkehr, Zahl der Betriebsstätten usw.) als auch qualitativer Kriterien (Erfordernis von kaufmännischen Einrichtungen nach der Art der Tätigkeit) vorzunehmen (OGH 31. 8. 1995, 6 Ob 18/95, bzw. weiterführend *Dehn*, ÖJZ 2006, 44 ff). Davon zu unterscheiden ist das „Unternehmertum kraft set-up“, bei dem sich die Unternehmereigenschaft schon aus den Rechtsformen der involvierten Rechtsträger ergibt (OGH 16. 2. 2012, 6 Ob 203/11p SZ 2012/17, und Folge-Rsp).

3.1.2 Geschäftsführung und Vertretung der Offenen Gesellschaft

§§ 114 ff UGB sowie §§ 125 ff UGB, die die Geschäftsführung bzw. die Vertretung einer OG regeln, stellen dispositives Recht dar, das einer anders lautenden gesellschaftsvertraglichen Regelung weicht, aber die Grenzen an zwingendem Recht bzw. den guten Sitten (§ 879 ABGB) findet. Für die OG gilt das Prinzip der Selbstorganschaft, dh, mangels anderer Vereinbarung obliegt die Geschäftsführung und Vertretung jedem einzelnen Gesellschafter. Sie ha-