

1. Kapitel: Grundlagen

I. Verständnis des Gesellschaftsrechts

Lit: *Aicher/Ostheim*, OHG und Erbengemeinschaft, ÖJZ 1981, 253; *Armour/Hansmann/Kraakman/Pargendler*, What is Corporate Law? in *Kraakman et al* (Hrsg), The Anatomy of Corporate Law³ (2017) 1; *Artmann*, Die Auslegung von Personengesellschaftsverträgen, einschließlich Syndikatsverträgen, in *Artmann/Rüffler/Torggler* (Hrsg), Die Verbandsverfassung zwischen Satzung, Syndikatsvertrag und zwingendem Gesellschaftsrecht (2013) 23; *Artmann/Zauner*, Zur Zulässigkeit von Geschlechterklauseln in Gesellschaftsverträgen, VbR 2020, 48; *Auer*, Reform des Gesellschaftsrechts: Formpflicht bei der GmbH, NZ 2021/141; *Ayres/Gertner*, Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules, 99 Yale Law Journal 1989, 87; *Bayer/Lieder/Hoffmann*, Bundesweite Rechtstatsachen zum Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (Stand 1. 1. 2023), GmbHR 2023, 709; *Bebchuk/Roe*, A Theory of Path Dependence in Corporate Ownership and Governance, 52 Stanford Law Review 1999, 127; *Bergmann/Kalss* (Hrsg), Rechtsformwahl (2020); *Behrens*, Das Gesellschaftsrecht im Europäischen Binnenmarkt, EuZW 1990, 13; *Behrens*, Die Europäisierung des Gesellschaftsrechts, GmbHR 1993, 129; *Cach/Nicolussi*, ÖIAG: Gesetzesentwurf zur Umwandlung der Staatsholding, GesRZ 2015, 4; *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht (2010); *Enriques/Hansmann/Kraakman/Pargendler*, The Basic Governance Structure: Minority Shareholders and Non-Shareholder Constituencies, in *Kraakman et al* (Hrsg), The Anatomy of Corporate Law³ (2017) 79; *F. Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts (1996); *S. Bydlinski*, Die Mobilitäts-Richtlinie – Eine Darstellung der wesentlichen Diskussionsstadien, in *Artmann/Rüffler/Torggler* (Hrsg), Gesellschaftsrecht und IPR (2020) 149; *Fantur*, Aktuelle Rechtsformstatistik für Österreich, GES 2022, 1; *Felzl*, Zehn Jahre Societas Europaea, GES 2014, 534; *Fleischer*, Gesetz und Vertrag als alternative Problemlösungsmodelle im Gesellschaftsrecht, ZHR 2004, 673; *Fleischer*, Juristische Entdeckungen im Gesellschaftsrecht, in FS K. Schmidt (2009) 375; *Fleischer*, Zur Rechtsnatur der OHG und ihres Gesellschaftsvertrags, NZG 2021, 949; *Fleischer*, Ein Rundflug über Rechtsformneuschöpfungen im in- und ausländischen Gesellschaftsrecht, NZG 2022, 827; *Fleischer*, Selbstreflexion im Gesellschaftsrecht: „Hottest Game in Town“ oder „Death of Corporate Law“? ZGR 2022, 466; *Fleischer*, Zivilrechtliche Haftung im Halbschatten des Lieferkettensorgfaltspflichtengesetzes, DB 2022, 920; *Fleischer*, Der Zoo der Gesellschaftsformen in Deutschland, ZIP 2023, 1505; *Fleischer/Mankowski*, LkSG (2023); *Frotz*, Die Genossenschaft in Österreich, GesRZ 2023, 337; *Gebauer/Teichmann* (Hrsg), Europäisches Privat- und Unternehmensrecht² (2022); *Grundmann*, Europäisches Gesellschaftsrecht² (2011); *Haar*, Binnenmarkt und europäisches Gesellschaftsrecht in der aktuellen Rechtsprechung des EuGH, GPR 2015, 238; *Haberer*, Corporate Governance. Österreich – Deutschland – International (2003); *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht (2009); *Haberer*, Verbraucher- und Unternehmerbegriff nach UGB und KSchG am Beispiel des GmbH-Gesellschafters, in FS W. Jud (2012) 161; *Haberer*, Vorschläge des Forum Europaeum on Company Groups und österreichische Tochter-GmbH, in FS Koppensteiner (2015) 117; *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht⁵ (2019); *Hansmann/Kraakman*, Property, Contract and Verification: The Numerus Clausus Problem and the Divisibility of Rights, 31 Journal of Legal Studies 2002, 373; *Harrer*, Reform des Gesellschaftsrechts: Die KGmbH, NZ 2021/143; *Hasenauer/Stingl*, Grenzüberschrei-

tende Sitzverlegung von Gesellschaften, in FS Hügel (2016) 117; *Hauschka*, Entwicklungslinien und Integrationsfragen der gesellschaftsrechtlichen Akttypen des Europäischen Gemeinschaftsrechts, AG 1990, 85; *Haybäck*, Firmenbuch-Gesellschaften-H@y-Statistik 2022, PSR 2022/10; *Hechenblaickner*, Grenzüberschreitende Verlegungen des Satzungssitzes von Kapitalgesellschaften, NZ 2023, 388; *Henckel*, Die ergänzende Vertragsauslegung, AcP 159, 106; *Hey*, Freie Gestaltung in Gesellschaftsverträgen und ihre Schranken (2004); *Hohloch* (Hrsg), EU-Handbuch Gesellschaftsrecht⁴ (2001); *Holoubek/Potacs* (Hrsg), Öffentliches Wirtschaftsrecht⁴ (2019); *Jung*, Die Societas Unius Personae – ein Hybrid aus nationalem und europäischem Recht, GesRZ 2014, 363; *Jung*, Gründung einer Europäischen Stiftung (FE), PSR 2014/3; *Jung/Krebs/Stiegler* (Hrsg), Gesellschaftsrecht in Europa (2019); *Kalss*, Nachhaltigkeit: Die präziser werdenden Pflichten von Vorstand und Aufsichtsrat, GesRZ 2022, 49; *Kalss*, 30 Jahre Privatstiftung: Der Erfolg der Vergangenheit ist das Saatgut für morgen, GesRZ 2023, 213; *Kalss/Kunz* (Hrsg), Handbuch für den Aufsichtsrat² (2016); *Kalss/Klampfl*, Europäisches Gesellschaftsrecht (2015); *Kalss/Torgler* (Hrsg), Reform des Gesellschaftsrechts (2022); *Kloiber*, Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV), ÖJZ 1994, 641; *Konwitschka*, Business Judgment Rule – Unmittelbare Geltung und analoge Anwendung oder anerkannter Rechtsgrundsatz? GesRZ 2016, 113; *Koppensteiner*, Die Entstehung der OG und der „Allgemeine Teil“ des Gesellschaftsrechts, in FS Straube (2009) 41; *Krejci*, Gesellschaftsrechtliche Kriterien der Rechtsformwahl, GesRZ Sonderheft (Rechtsformgestaltung) 2002, 3; *Krejci*, Societas Privata Europaea – Zum Kommissionsvorschlag einer Europäischen Privatgesellschaft (2008); *La Porta/Lopez- de Silanes/Shleifer*, Corporate Ownership Around the World, 54 Journal of Finance 1999, 471; *Lentner*, Das Gesellschaftsrecht der Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV) (1994); *Lieder/Bialluch*, Europäisches Unternehmensrecht in der aktuellen Rechtsprechung des EuGH, GPR 2022, 142; *Löffler*, Die EWIV (1998); *Lutter/Bayer/Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht⁶ (2017); *Mazal*, Arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Überlegungen zur Wahl der Gesellschaftsform, GesRZ Sonderheft (Rechtsformgestaltung) 2002, 38; *Nicolussi*, Die Kapitalgesellschaft & Co, GesRZ 2022, 338; *Perner/Simonishvili*, Das neue EU-Umgründungsgesetz, GesRZ 2023, 148; *Bergmann/Ratka* (Hrsg), Handbuch Personengesellschaften² (2016); *Rastegar*, Subsidiäres GmbH-Recht und Auslegung, ecolex 2023, 909; *Rauter*, Das nicht ganz normale Gesellschaftsrecht, GRAU 2022/34; *Rebhahn*, Entwicklungen im Recht der GmbH in den letzten drei Jahrzehnten, ÖJZ 2016/126; *Reich-Rohrwig*, Die Europäische Aktiengesellschaft (SE), ecolex 2004, 760; *Reich-Rohrwig/Zimmermann*, Strafrechtsänderungsgesetz 2015 setzt die Business Judgment Rule um, ecolex 2015, 677; *Rhode/Packel*, Diversity on Boards: How Much Difference Does Difference Make? 39 Delaware Journal of Corporate Law 2014, 363; *Roth/Kindler*, The Spirit of Corporate Law (2013); *Schamberger*, Die Auslegung von Gesellschaftsverträgen (2018); *Schima*, Reform des Untreuetatbestands und Business Judgment Rule im Aktien- und GmbH-Recht, GesRZ 2015, 286; *Schön*, Gesellschaftsrecht nach Maastricht, ZGR 1995, 1; *Schön*, Mindestharmonisierung im europäischen Gesellschaftsrecht, ZHR 1996, 221; *Schön*, Die Personengesellschaft im europäischen Gesellschaftsrecht, ZHR 2023, 123; *Schulze* (Hrsg), Europäische Genossenschaft SCE Handbuch (2004); *Schwarz*, Europäisches Gesellschaftsrecht II (2000); *Steiner*, Europäische Stiftung – Neue Perspektiven durch den Verordnungsentwurf der Europäischen Kommission, GES 2014, 56; *Straube*, Gedanken zur geplanten „Societas Unius Personae“ (SUP), in FS Nowotny (2015) 469; *Straube/Aicher* (Hrsg), Handbuch zur Europäischen Aktiengesellschaft (2005); *Tanzer*, Die Wahl der Gesellschaftsform im Abgabenrecht, GesRZ Sonderheft (Rechtsformgestaltung) 2002, 26; *Thiery/Rief*, Die „EWIV“ und das österreichische Gesellschaftsrecht, ecolex 1994, 815; *Thomale*, Unionale Vorgaben für nationale Rechtsformen, JBl 2021, 621; *Toifl*, Europäische Stiftung, SWI 2012, 390; *Told*, Business Judgment Rule und ihre

Anwendbarkeit in Österreich, GES 2015, 60; *Torggler*, Business Judgment Rule und unternehmerische Ermessensentscheidungen, ZfRV 2002, 133; *Torggler*, Die „österreichische Post-Brexit-Limited“. Anmerkungen zu OGH 27. 1. 2022, 9 Ob 74/21 d, in FS Zorn (2022) 590; *Unberath/Cziupka*, Dispositives Recht welchen Inhalts? AcP 2009, 37; *Walch*, Die subsidiäre Anwendbarkeit des allgemeinen Zivilrechts im GmbHG (2014); *Waldbauer/Lipp*, Die Lieferkettensorgfaltspflichten als Teil der europäischen Nachhaltigkeitspolitik – für österreichische Unternehmen bereits relevant? CFOaktuell 2023, 73; *Weigand*, Vom Partikularismus zur Kodifikation – Personengesellschaften in der Gesetzgebung der habsburgischen Erbländer im 18. und 19. Jahrhundert, in *Kals/Meissel* (Hrsg), Zur Geschichte des Gesellschaftsrechts in Europa (2003) 44; *Westermann*, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften (1970); *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I (1980); *Windbichler*, Gesellschaftsrecht²⁴ (2017).

A. Begriff des Gesellschaftsrechts

Gesellschaftsrecht nennt man das *objektive Recht der zu gemeinsamen Zwecken auf rechtsgeschäftlicher Grundlage geschaffenen Personenvereinigungen* (Rechtsgemeinschaften, Zweckverbände). Auf die einzelnen Begriffselemente wird noch gesondert (unter II.A) eingegangen. **1**

Gesellschaftsrecht ist *privates Organisations- bzw Kooperationsrecht*. **2**

Da im Gesellschaftsrecht Rechtsform- bzw Typenzwang (s D.3.) herrscht, ist das österreichische Gesellschaftsrecht konkret vor allem das Recht bestimmter, gesetzlich geregelter *Gesellschaftstypen* bzw *Rechtsformen*. **3**

B. Bedeutung des Gesellschaftsrechts

Die Bedeutung des Gesellschaftsrechts für das Wirtschaftsleben ist ebenso eminent wie evident. Die meisten größeren Unternehmen werden heute nicht von Einzelunternehmern, sondern von Gesellschaften betrieben. Ohne Gesellschaftsrecht kann das private Wirtschaftsleben, die Privatwirtschaft, nicht auskommen. **4**

Von den ca 316.200 im FB eingetragenen Rechtsträgern, die weitestgehend Unternehmen betreiben, sind nur etwa 49.500 Einzelunternehmer, das sind nur etwa 15,7%.¹ Auch wenn man beachtet, dass es viele kleine (somit umsatzschwache) Einzelunternehmer gibt, die nicht im FB aufscheinen², so ist doch leicht erkennbar, dass das Wirtschaftsleben in erster Linie von organisierten Zusammenschlüssen (also von Gesellschaften) geprägt wird. Dabei sind von den etwa 316.200 eingetragenen Rechtsträgern 193.600 GmbH, die damit zahlenmäßig deutlich dominieren. Näheres unter F.8. **5**

¹ Tagesaktuelle Daten liefert der Wirtschafts-Compass (hier: Stand September 2023); Statistik auch bei *Haybäck*, Firmenbuch-Gesellschaften-H@y-Statistik 2022, PSR 2022/10.

² Einzelunternehmer sind erst ab Erreichen der Umsatzschwellen gem § 189 UGB (EUR 700.000) zur Eintragung verpflichtet, darunter lediglich berechtigt, vgl § 8 Abs 1 UGB.

C. Abgrenzung des Gesellschaftsrechts

1. Gesellschaftsrecht als Teil des Unternehmensrechts

- 6 Das Gesellschaftsrecht ist ein Systemzweig des *Unternehmensrechts*.³ Es stellt den überwiegenden Teil des unternehmensrechtlichen *Organisationsrechts* dar.⁴ Das Unternehmensrecht ist wiederum ein Sonderprivatrecht (in Abgrenzung zum allgemeinen Privatrecht, dem bürgerlichen Recht).
- 7 Das Gesellschaftsrecht ist damit – wie das Unternehmensrecht überhaupt – Teil des Privatrechts (in Abgrenzung zum öffentlichen Recht).⁵ Es weist jedoch auch gewisse *öffentlich-rechtliche Einschlüsse* auf, man denke etwa an Strafbestimmungen.

2. Abgrenzung zum Arbeitsrecht und Verbraucherrecht

- 8 Die unternehmerische Mitbestimmung der Arbeitnehmer (Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat bzw Verwaltungsrat) verklammert das Gesellschaftsrecht mit dem *Arbeitsrecht*. Als Rechtsgebiet, das dem Schutz der persönlich abhängigen Arbeitnehmer dient, ist das Arbeitsrecht jedoch ebenso wenig Teil des Unternehmensrechts wie das dem Schutz der Verbraucher dienende *Verbraucherrecht* (Konsumentenschutzrecht). Manchmal kommt es freilich zu Überschneidungen, so bei der Frage, ob die Gesellschaftereigenschaft (ggf in Kombination mit anderen Eigenschaften, zB Organfunktionen) die Verbrauchereigenschaft (und damit die Berufung auf verbraucherschützende Vorschriften) verhindert.⁶ Vergleichbare Fragen stellen sich bei der Unternehmereigenschaft von Gesellschaftern nach dem UGB.⁷

3. Gesellschaftsrechtliche Bedeutung des Steuerrechts

- 9 Von besonderer Bedeutung für gesellschaftsrechtliche Fragen ist das *Steuerrecht*. Es gibt nicht selten den Ausschlag für gesellschaftsrechtliche Gestaltungen und Entscheidungen. Dennoch zählt das Steuerrecht ebenso wenig zum Gesellschaftsrecht wie umgekehrt das Gesellschaftsrecht zum Steuerrecht. Orga-

³ Der ehemalige Ausdruck „Handelsrecht“ wurde mit der Handelsrechtsreform 2005 durch „Unternehmensrecht“ ersetzt. Ebenso wurde der „Kaufmann“ vom „Unternehmer“ abgelöst. Vgl *Krejci*, Unternehmensrecht⁵ (2013) 5 ff.

⁴ Zum System des Unternehmensrechts vgl *Krejci*, UR⁵ 7 ff.

⁵ Zur Abgrenzung vgl nur *Krejci/Zehetner*, Privatrecht⁹ (2020) Rz 71 ff.

⁶ IdR ist dies nicht der Fall, nach Rsp des OGH (insb im Zusammenhang mit Fragen des Interzedentenschutzes) kommt jedoch zB eine Unternehmereigenschaft von Mehrheitsgesellschaftern in Betracht. Dazu OGH 11. 2. 2002, 7 Ob 315/01 a; OGH 20. 2. 2003, 6 Ob 12/03 p; OGH 25. 6. 2003, 3 Ob 141/03 m; OGH 11. 5. 2005, 9 Ob 27/05 v; OGH 24. 11. 2005, 3 Ob 58/05 h; OGH 28. 01. 2010, 8 Ob 91/09 d; OGH 24. 4. 2012, 2 Ob 169/11 h; OGH 16. 12. 2013, 6 Ob 43/13 m; OGH 29. 01. 2015, 6 Ob 170/14 i.

⁷ Dazu *Haberer*, Verbraucher- und Unternehmerbegriff nach UGB und KSchG am Beispiel des GmbH-Gesellschafter, in FS W. Jud (2012) 161.

nisatorisch sind die beiden Rechtsgebiete streng getrennt, das Gesellschaftsrecht ist Teil des Privatrechts, das Steuerrecht hingegen gehört ins öffentliche Recht. Wer in gesellschaftsrechtlichen Fragen praktisch berät, darf aber das Steuerrecht jedenfalls nicht unbeachtet lassen. Umgekehrt besteht die Gefahr, die Interessen der Beteiligten zu missachten, wenn man ausschließlich das Steuerrecht im Auge hat und bei den auf steuerrechtliche Optimierung abzielenden Rechtsgestaltungen die gesellschaftsrechtlichen Positionen übersieht.

4. Gesellschaftsrechtliche Bedeutung des Wirtschaftsstrafrechts

Gesellschaftsrechtliches Fehlverhalten steht nicht selten auch in engem **10** Zusammenhang mit dem *Wirtschaftsstrafrecht*. Nicht jede Rechtsordnung kennt ein so betont gläubigerfreundliches Gesellschaftsrecht wie Österreich oder Deutschland. Zu beachten ist allerdings, dass in Rechtsordnungen mit einem sehr liberalen Gesellschaftsrecht der Gläubigerschutz mit Hilfe anderer Instrumente (zB des Strafrechts oder eines strengen Haftungsrechts für Organwalter) erreicht wird, wie dies zB im angloamerikanischen Rechtskreis der Fall ist.

Das Verbandsverantwortlichkeitsgesetz 2005 ermöglicht immerhin die **11** Verhängung von strafrechtlichen „Verbandsbußen“ gegen jurP. Der Verband haftet demnach unter bestimmten Voraussetzungen in Form von Geldbußen für Straftaten von Entscheidungsträgern und (eingeschränkt) von Mitarbeitern, wenn die Tat zu seinen Gunsten begangen worden ist oder durch die Tat Pflichten verletzt worden sind, die den Verband treffen (§ 3 VbVG).

Manchmal werden gesellschaftsrechtliche Gesetze auch in strafrechtlichen **12** Gesetzespaketen untergebracht: Parallel zu den Änderungen des Untreuetatbestands gem § 153 StGB im Zuge des Strafrechtsänderungsgesetz 2015 (BGBl I 2015/112) wurde etwa die sog „Business Judgment Rule“ ins österreichische Gesellschaftsrecht mit den § 84 Abs 1 a AktG und § 25 Abs 1 a GmbHG eingeführt. Diese aus dem angloamerikanischen Rechtskreis stammende Regel bezweckt die Einschränkung der Haftung von Leitungsorganen für unternehmerische Ermessensentscheidungen auf ein vernünftiges Maß.⁸

⁸ Näheres bei *Torggler*, Business Judgment Rule und unternehmerische Ermessensentscheidungen, ZfRV 2002, 133; *Told*, Business Judgment Rule und ihre Anwendbarkeit in Österreich, GES 2015, 60; *Konwitschka*, Business Judgment Rule – Unmittelbare Geltung und analoge Anwendung oder anerkannter Rechtsgrundsatz? GesRZ 2016, 113; *Reich-Rohrwig/Zimmermann*, Strafrechtsänderungsgesetz 2015 setzt die Business Judgment Rule um, eolex 2015, 677; *Schima*, Reform des Untreuetatbestands und Business Judgment Rule im Aktien- und GmbH-Recht, GesRZ 2015, 286; *Reich-Rohrwig* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG (2022) § 25 Rz 68 ff; *Hörlsberger* in *Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG (2017) § 25 Rz 24; *Reich-Rohrwig/Grossmayer* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ (2018) § 84 Rz 100 ff, 158 ff; *Feltl/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² (2018) § 25 Rz 14 ff; *Rieder/Huemer*, Gesellschaftsrecht⁵ (2019) 267 ff; *Adensamer* in *Napokoj/Foglar-Deinhardstein/Pelinka*, AktG Praxiskommentar (2019) § 84 Rz 33 ff; *Artmann/Rüffler*, Gesellschaftsrecht² (2020) Rz 960 ff.

D. Anliegen des Gesellschaftsrechts

1. Spezialisierungsbedarf

- 13** Das Gesellschaftsrecht soll einerseits den bei gemeinschaftlicher Zweckverfolgung durch privatrechtliche Personenvereinigungen bestehenden *Bedarf an speziellen, vor allem organisationsrechtlichen Ordnungsvorschriften befriedigenden (Spezialisierungsbedarf)*, wobei der Gesetzgeber *unterschiedliche Gesellschaftsformen (Gesellschaftstypen)* zur Wahl stellt (vgl. dazu 3.).
- 14** Die Spezialisierungsregeln erleichtern die privatautonome Rechtsgestaltung und sind insofern weitgehend *dispositives Recht*. Dabei ist der privatautonome Gestaltungsspielraum freilich je nach Rechtsform unterschiedlich groß; am geringsten bei der Aktiengesellschaft (AG).

2. Schutzzwecke

- 15** Andererseits zielt das Gesellschaftsrecht mit Hilfe (oft relativ) *zwingender Bestimmungen* darauf ab, berechnigte Interessen von *Gläubigern, Gesellschaftern bzw. Minderheiten von ihnen*, mitunter aber auch Interessen der *Allgemeinheit*, zu schützen. Hinzu kommen etwa Ziele des *Arbeitnehmerschutzes*, des „*Funktions-schutzes*“ der Gesellschaft oder des Schutzes *öffentlicher Interessen*.⁹ Jede gesetzlich geregelte Gesellschaftsform kennt somit eigene, für die Art ihrer Organisation typische, also: *organisationstypische Schutzvorschriften*.
- 16** Anzumerken ist, dass solche Schutzzwecke nicht notwendig nur mit Hilfe gesellschaftsrechtlicher zwingender Vorschriften durchgesetzt werden können. Vielmehr sind in diesem Zusammenhang auch das übrige zwingende Zivilrecht, insbesondere aber auch das Strafrecht, uU auch das Steuerrecht oder das Arbeitsrecht, zu beachten.
- 17** In welchem Ausmaß einzelne Rechtsordnungen die verschiedenen Schutzzwecke gewichten ist Resultat historischer und politischer Entwicklungen. In moderner Terminologie spricht man von der **Pfadabhängigkeit** derartiger Entwicklungen.¹⁰ Daneben gibt es auch interessante Wechselwirkungen zwischen einzelnen Determinanten, so belegen Studien etwa einen Zusammenhang zwischen stärker ausgeprägtem Gesellschafter (hier: Aktionärs-)schutz und stärkerem Streubesitz als Merkmal der Aktionärsstruktur.¹¹

⁹ Auf zu den verschiedenen Schutzinteressen am Beispiel der Kapitalgesellschaften *Haberer, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht* (2009) 75 ff; zur Abwägung mit der Privatautonomie ebd 242 ff; auch *Roth/Kindler, The Spirit of Corporate Law* (2013) 71 ff.

¹⁰ Grundlegend *Bebchuk/Roe, A Theory of Path Dependence in Corporate Ownership and Governance*, 52 *Stanford Law Review* 1999, 127; Überblick bei *Haberer, Corporate Governance* (2003) 303 ff.

¹¹ *La Porta/Lopez- de Silanes/Shleifer, Corporate Ownership Around the World*, 54 *Journal of Finance* 1999, 471; *Armour/Hansmann/Kraakman/Pargendler, What is Corporate Law? in Kraakman et al, The Anatomy of Corporate Law*³ (2017) 1 (24 ff).

Ob das Gesellschaftsrecht auch dazu dienen soll, andere Personengruppen zu schützen, die an sich mit der Gesellschaft nicht unmittelbar zu tun haben, und damit im Ergebnis gesellschaftspolitische Vorstellungen durchzusetzen, ist umstritten.¹² In letzter Zeit geht aber die Tendenz in diese Richtung und damit zu einem Funktionswandel, wie es *Fleischer* ausgedrückt hat, vom indifferenten Organisationsrecht zum Katalysator der Gesellschaftspolitik.¹³ Beispiele sind etwa die „Angemessenheit“ der Vorstandsvergütungen in der AG, die gerechte Repräsentation der Geschlechter in Leitungs- und Aufsichtsorganen¹⁴ oder die Berücksichtigung von Menschenrechten und Klimaschutz, etwa durch das deutsche Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz¹⁵ oder die im Entwurf befindliche Corporate Sustainability Due Diligence Directive.

3. Gesellschaftsrechtlicher Rechtsformzwang („*numerus clausus*“)

Aus den Schutzzwecken des Gesellschaftsrechts folgt, dass es keine Gesellschaftsform geben darf, welche die gesetzlich zwingenden gesellschaftsrechtlichen Schutzziele unterläuft. Dies aber bedeutet, dass es außer den gesetzlich geregelten Gesellschaften, zwischen denen gewählt werden darf, *keine privatautonome Freiheit zur Erfindung neuer Gesellschaftsformen* gibt. Daher spricht man von der *Geschlossenheit der Gesellschaftstypen* bzw Rechtsformen, von deren „*numerus clausus*“ oder vom *gesellschaftsrechtlichen Typenzwang* (besser: *Rechtsformzwang*).¹⁶

¹² Eher krit *Enriques/Hansmann/Kraakman/Pargendler*, The Basic Governance Structure: Minority Shareholders and Non-Shareholder Constituencies, in *Kraakman et al*, The Anatomy of Corporate Law³ 79 (92 ff), insb 108: „There is, however, reason to be sceptical about the ability of corporate law to significantly tackle concerns which reach far beyond the agency problems that form its core concern.“. Grds befürwortend *Kalss*, Nachhaltigkeit: Die präziser werdenden Pflichten von Vorstand und Aufsichtsrat, GesRZ 2022, 49 unter Hinweis auf die mehrseitige Interessenausrichtung des öGesR.

¹³ *Fleischer*, Selbstreflexion im Gesellschaftsrecht: „Hottest Game in Town“ oder „Death of Corporate Law“? ZGR 2022, 466 (477 f).

¹⁴ Dazu empirisch *Rhode/Packel*, Diversity on Boards: How Much Difference Does Difference Make? 39 Delaware Journal of Corporate Law 2014, 363.

¹⁵ Dazu insb *Fleischer/Mankowski*, LkSG (2023). Zu gesellschaftsrechtlichen Folgen *Koch*, AktG¹⁷ (2023) § 76 Rz 35 h ff („ungute Tendenz zunehmender Verrechtlichung der Unternehmensorganisation“); *Fleischer*, Zivilrechtliche Haftung im Halbschatten des Lieferkettensorgfaltspflichtengesetzes, DB 2022, 920; zu Österreich *Waldbauer/Lipp*, Die Lieferkettensorgfaltspflichten als Teil der europäischen Nachhaltigkeitspolitik – für österreichische Unternehmen bereits relevant? CFOaktuell 2023, 73.

¹⁶ *Torggler*, Gesellschaftsrecht AT und Personengesellschaften (2013) Rz 53, 79; *Rieder/Huemer*, GesR³ 43 ff; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht⁴ (2002) 96 ff, 101 ff; *Haberer in Bergmann/Kalss*, Rechtsformwahl (2020) Rz 3/1 ff; *Artmann/Rüffler*, GesR² Rz 18 ff; *Aicher/Ostheim*, OHG und Erbengemeinschaft, ÖJZ 1981, 253 (257); *Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht² (2017) Rz 1/6; *Fleischer*, Zur Rechtsnatur der OHG und ihres Gesellschaftsvertrags, NZG 2021, 949 (953).

- 20** Das Gesellschaftsrecht zeigt in diesem Punkt Parallelen zum **Sachenrecht**. Auch im Sachenrecht besteht nämlich eine geschlossene Zahl, ein *numerus clausus* von dinglichen Rechten.¹⁷ Hingegen gilt im **Schuldrecht** der Grundsatz der Gestaltungsfreiheit. Musterbeispiele für Schöpfungen der Vertragspraxis sind etwa der Leasingvertrag, das Factoring oder der Franchisevertrag. Dieser Unterschied hängt damit zusammen, dass schuldrechtliche Rechtsbeziehungen typischerweise nur relative Rechte zwischen bestimmten Personen (Gläubiger und Schuldner) betreffen und nicht Dritte, wie dies bei den Sachenrechten aufgrund deren Charakters als absolute Rechte der Fall ist, und eben auch im Gesellschaftsrecht.
- 21** Die wesentliche Funktion dieses Rechtsformzwanges liegt im **Verkehrsschutz** und der Gewährung von **Rechtssicherheit**.¹⁸ Dritte, insb Gläubiger und Vertragspartner der Gesellschaft sollen nicht durch neue, von den Gründern selbst fabrizierte, Dritten unbekannte Gesellschaftsformen benachteiligt werden.
- 22** Der Katalog an zur Verfügung stehenden Rechtsformen ist dabei im Zeitablauf **Veränderungen unterworfen**.¹⁹ So wurden beispielsweise die früher aufgrund des Erwerbsgesellschaftengesetzes (EGG) bestehenden Rechtsformen der Offenen Erwerbsgesellschaft (OEG) und der Kommandit-Erwerbsgesellschaft (KEG) mit dem Handelsrechtsreformgesetz abgeschafft und in die allgemeinen, nunmehr zweckoffenen²⁰ Rechtsformen der Offenen Gesellschaft (OG) und der Kommanditgesellschaft (KG) integriert. Andererseits können im Laufe der Zeit neue Rechtsformen **hinzukommen**, wie etwa die Europäische Wirtschaftliche Interessensvereinigung (EWIV) oder die Europäische Gesellschaft (SE). Rechtspolitische Überlegungen zur Schaffung einer „Austrian Limited“ als Vereinfachung der bestehenden GmbH oder auch zur Schaffung einer Personengesellschaft mit beschränkter Haftung²¹ mündeten in ein Gesetz zur Schaffung einer Flexiblen Kapitalgesellschaft (Flexible Company). Das Bundesgesetz über die Flexible Kapitalgesellschaft (FlexKapGG, Teil des GesRÄG 2023, BGBl I 179/2023) enthält dazu Sonderregeln, im übrigen sind die für die GmbH geltenden Bestimmungen anzuwenden (§ 1 Abs 2 FlexKapGG).²² Die FlexKapG wird daher in der Folge vorrangig dort gesondert erwähnt, wo Abweichungen vom GmbH-Recht bestehen. Auch in internationaler Betrachtung gibt es eine Viel-

¹⁷ *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ (2018) Rz 748; *Holzner* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 308 Rz 1.

¹⁸ *K. Schmidt*, GesR⁴ 96; *Hey*, Freie Gestaltung in Gesellschaftsverträgen und ihre Schranken (2004) 158; *Westermann*, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften (1970) 118 f; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht I (1980) 42 f.

¹⁹ *Haberer* in *Bergmann/Kalss*, Rechtsformwahl Rz 3/9. Ausf aus deutscher Sicht *Fleischer*, Der Zoo der Rechtsformen in Deutschland, ZIP 2023, 1505.

²⁰ Gem § 105 UGB kann die OG „jeden erlaubten Zweck einschließlich freiberuflicher und land- und forstwirtschaftlicher Tätigkeit haben“. Dies gilt über den Verweis des § 161 Abs 2 UGB auch für die KG.

²¹ Dazu die Beiträge in *Kalss/Torggler*, Reform des Gesellschaftsrechts (2022).

²² Zu dieser Anwendung *Rastegar*, Subsidiäres GmbH-Recht und Auslegung, eolex 2023, 909.

zahl von Rechtsformneuschöpfungen,²³ deren Untersuchung Teil des jungen Forschungsfelds der gesellschaftsrechtlichen Innovationsforschung²⁴ ist.

Auch der österreichische OGH spricht in einer Reihe von Entscheidungen vom Prinzip eines *numerus clausus* im Gesellschaftsrecht, welches die privat-autonome Erfindung neuer Gesellschaftsformen ausschließt.²⁵ Dies bedeutet aber nicht, dass es den Gesellschaftern verwehrt wäre, die von ihnen gewählte, gesetzlich vorgesehene Gesellschaftsform bis an die Grenze des gesetzlich Zulässigen umgestalten zu können. Insofern kann der gewählte Gesellschaftstyp zu einem *atypischen* werden (vgl II.C.7.). **23**

Der häufig für den Begriff des Rechtsformzwangs verwendete Begriff „Typenzwang“ meint streng genommen etwas anderes: Der Gesetzgeber geht bei der Schaffung einer Rechtsform von einem bestimmten Typus als Leitbild aus. So ist etwa das gesetzgeberische Leitbild der Aktiengesellschaft das einer „Publikumsgesellschaft“ als Kapitalsammelstelle mit einer Vielzahl rasch wechselnder und weitestgehend einflussloser Aktionäre, denen ein starker und unabhängiger Vorstand gegenübersteht. Realität und Typus stimmen aber häufig nicht überein, wie gerade das obige Beispiel zeigt, denn in der Realität der österreichischen AGs dominieren Gesellschaften mit einem Mehrheitsaktionär und einer häufig überschaubaren Zahl sonstiger Gesellschafter. **24**

Daran knüpft die Frage an, ob es auch Einschränkungen der Gestaltungsfreiheit gibt, die aus dem **Wesen** oder **Typus** einer Rechtsform folgern. Für dieses Problem sollte der Begriff des „Typenzwangs“ verwendet werden, der freilich häufig mit dem eben beschriebenen Rechtsformzwang verwechselt wird. Ein solcher Typenzwang besteht nach hM gerade nicht.²⁶ **25**

Im Zusammenhang mit dem Rechtsformzwang stellt sich auch die Frage, was gilt, wenn von den Gesellschaftern gar keine Rechtsform gewählt wurde. Diese Frage wurde im Zuge der GesbR-Reform vom Gesetzgeber klargestellt: Ein Zusammenschluss von mindestens zwei Personen iSd § 1175 Abs 1 ABGB ist als Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GesbR) zu qualifizieren, wenn eine Rechtsformwahl unterblieb (Abs 1 Satz 2) und die Schwellenwerte des § 189 UGB nicht überschritten werden. Man spricht von der „Absorptionsfunktion“ oder „Auffangfunktion“ der GesbR.²⁷ Grundvoraussetzung dafür ist freilich, dass es sich überhaupt um eine **Gesellschaft** handelt und nicht etwa bloß um eine sogenannte schlichte Rechtsgemeinschaft wie etwa eine Miteigentümergeinschaft. **26**

²³ *Fleischer*, Ein Rundflug über Rechtsformneuschöpfungen im in- und ausländischen Gesellschaftsrecht, NZG 2022, 827.

²⁴ Dazu *Fleischer*, Juristische Entdeckungen im Gesellschaftsrecht, in FS K. Schmidt (2009) 375.

²⁵ OGH 22. 2. 1990, 6 Ob 718/89; OGH 24. 4. 1992, 1 Ob 12/92; OGH 28. 9. 1999, 5 Ob 7/99m; OGH 18. 9. 2003, 8 Ob 97/03b; OGH 28. 8. 2003, 8 Ob 96/03f; OGH 27. 01. 2022, 9 Ob 74/21 d.

²⁶ Dazu *K. Schmidt*, GesR⁴ 109 ff; *Haberer* in *Bergmann/Kalss*, Rechtsformwahl Rz 3/45 ff.

²⁷ *Haberer* in *Bergmann/Kalss*, Rechtsformwahl Rz 3/19 ff.

- 27 Der gesellschaftsrechtliche Rechtsformzwang legt nahe, dass auch ausländische Gesellschaften, die in Österreich tätig werden, diesem zu entsprechen haben. Diesem Anliegen entspricht die kollisionsrechtliche „Sitztheorie“; sie wird indes vom EuGH unter Hinweis auf die gemeinschaftsrechtliche Niederlassungsfreiheit abgelehnt, wodurch gleichzeitig die Schutzzwecke des nationalen Gesellschaftsrechts in Frage gestellt werden. (Näheres unter I.I. „Internationales Gesellschaftsrecht“)

4. Zwingendes und nachgiebiges Gesellschaftsrecht

- 28 Der Gesetzgeber kann den Gestaltungsspielraum der Gesellschafter massiv beschränken, indem er ihnen **zwingende** gesetzliche Vorgaben macht. Von diesen können die Gesellschafter entweder überhaupt nicht (absolut zwingendes Recht) oder nur zum Vorteil des (meist: als schwächer angesehenen) Vertragspartners (relativ zwingendes Recht) abweichen.
- 29 Dem Gesetzgeber steht auch die Gestaltung von Rechtsverhältnissen mittels **dispositiven Rechts** zur Verfügung. Darunter versteht man nachgiebige Normen, also solche, die der Parteienvereinbarung weichen.²⁸ Trotzdem sind solche Regelungen nicht etwa obsolet, sondern verfolgen einen dreifachen Zweck, nämlich die Ergänzung unvollständiger Verträge,²⁹ die Hilfe bei der Auslegung derselben³⁰ sowie die Zurverfügungstellung einer Art Modellregelung, wie sich der Gesetzgeber eine ausgewogene Regelung der Parteien vorgestellt hat. Die Parteien sollen sich also nicht unbegrenzt weit von dieser Regelung entfernen können, anders gesagt indiziert die dispositive Regelung Richtigkeitsgewähr.³¹ Gerade im Gesellschaftsrecht bedeutend ist weiters auch die Funktion, die Parteien über die von der Rechtsordnung zur Verfügung gestellten Modelle zu informieren und ihnen damit die Basis für eigene Entscheidungen zu bieten, ob sie sich an den vorgegebenen Gestaltungsformen orientieren oder mit gutem Grund davon im Einzelfall abweichen wollen.³² Die setzt freilich voraus, dass die dispositive Rechtsregel jene Vereinbarungen abbildet, auf die sich die Vertragspartner in Verhandlungen ohnedies mehrheitlich verständigt hätten (*majoritarian default rule*).³³ Die dispositive Regel versucht gleichsam, den unvollständig zum Ausdruck gekommenen Willen der (typischen) Parteien zu Ende zu denken.³⁴

²⁸ Vgl nur *Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I¹⁵ Rz 147.

²⁹ *Ehrenzweig*, System I/1² (1951) 67: „ergänzendes Recht“.

³⁰ Vgl dazu *Henckel*, Die ergänzende Vertragsauslegung, AcP 159, 106.

³¹ *Krejci/Zehetner*, Privatrecht⁹ (2020) Rz 29. Diese ist von der beschränkten Richtigkeitsgewähr, die dem Vertragsmechanismus durch Ausgleich entgegengesetzter Interessen innewohnt, zu unterscheiden.

³² Vgl *Armour/Hansmann/Kraakman/Pargendler*, What is Corporate Law? in *Kraakman et al*, The Anatomy of Corporate Law³ 1 (18): „To this extent, corporate law simply offers a standard form contract that the parties can adopt, at their option, in whole or in part.“.

³³ *Fleischer*, Gesetz und Vertrag als alternative Problemlösungsmodelle im Gesellschaftsrecht, ZHR 2004, 673 (692).

³⁴ *Unberath/Cziupka*, Dispositives Recht welchen Inhalts? AcP 2009, 37 (41 FN 16) unter Hinweis auf *Savigny*.