

An das

Präsidium des Nationalrates

(<https://www.parlament.gv.at/PERK/BET/VPBEST/#AbgabeStellungnahme>)

Bundesministerium für Justiz

Begutachtung-Postkorb@bmj.gv.at

Wien, am 03.07.23

Betrifft: Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem ein Bundesgesetz über die Flexible Kapitalgesellschaft oder Flexible Company (Flexible Kapitalgesellschafts-Gesetz – FlexKapGG) erlassen wird und mit dem das GmbH-Gesetz, das Firmenbuchgesetz, das Rechtspflegergesetz, das Notariatstarifgesetz, das Rechtsanwaltsstarifgesetz sowie das Wirtschaftliche Eigentümer Registergesetz geändert werden (Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz 2023 – GesRÄG 2023); Begutachtung; Stellungnahme zu BMfJ 2023-0.340.690
Geschäftszahl: 2023-0.340.690

Die Vereinigung der österreichischen Richterinnen und Richter übermittelt im Anhang zu oa Gesetzesentwurf die Stellungnahme der Fachgruppe Firmenbuch.

Dr. Gernot Kanduth

Vizepräsident

**Betrifft: Stellungnahme zum Flexible Kapitalgesellschafts-Gesetz – FlexKapGG
bzw Gesellschaftsrechts-Änderungsgesetz 2023 - GesRÄG 2023**

Innerhalb der Frist laut Erlass des BMJ vom 26.5.2023, GZ 2023-0.340.690, wird zum Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem ein Bundesgesetz über die Flexible Kapitalgesellschaft oder Flexible Company (Flexible Kapitalgesellschafts-Gesetz - FlexKapGG) erlassen wird und mit dem das GmbH-Gesetz, das Firmenbuchgesetz, das Rechtspflegergesetz, das Notariatstarifgesetz, das Rechtsanwaltstarifgesetz sowie das Wirtschaftliche Eigentümer Registergesetz geändert werden (Gesellschaftsrechts-Änderungsgesetz 2023 - GesRÄG 2023) folgende Stellungnahme erstattet:

A. Allgemeine Bemerkungen

1.

Die Regelungen im Kapitalgesellschaftsrecht müssen die Balance zwischen Ausschluss der persönlichen Haftung der Gesellschafter und Wahrung der Gläubigerinteressen sicherstellen. Vor diesem Hintergrund erstaunt das explizit formulierte Wirkungsziel, „die unternehmerische Tätigkeit in der Rechtsform einer GmbH soll für die Gesellschafter dauerhaft mit einem geringeren wirtschaftlichen Risiko verbunden sein als bisher“. Ein genuin in der Sphäre unternehmerischen Tuns angesiedeltes Risiko soll ganz offenkundig auf die Gläubiger verlagert werden, was mit allen Gläubigerschutzkonzepten des österreichischen Rechts in Widerspruch steht.

Wir sehen daher die Herabsetzung des Mindestkapitals einer GmbH auf € 10.000 als höchst problematisch an.

2.

Ebenso erstaunlich wirkt die Feststellung in der Wirkungsfolgenanalyse, „die österreichische GmbH *könnte* bei einer Beibehaltung des Mindeststammkapitals von € 35.000 im Vergleich mit Kapitalgesellschaften aus anderen europäischen Staaten als zunehmend weniger attraktiv angesehen werden“.

Es ist nicht nachvollziehbar, aus welchen Gründen die Seriositätsschwelle für den Zugang zu einer das unternehmerische Risiko beschränkenden Rechtsform herabgesetzt werden soll, um „attraktiv“ zu erscheinen. Aus Sicht der Gläubiger ist jedenfalls jene Rechtsordnung attraktiver, die für Rechtsträger mit gesetzlicher Haftungsbeschränkung die anfängliche Kapitalaufbringung hoch ansetzt, um zumindest im Gründungszeitpunkt eine relevante Kapitalausstattung sicherzustellen. Wir finden es daher befremdlich, in diesem Kontext ein Attraktivitätsargument ins Spiel zu bringen, das im Ergebnis bewährte Standards des österreichischen Kapitalgesellschaftsrechts aushöhlt.

3.

Der Entwurf verweist ausdrücklich darauf, dass die bestehenden österreichischen Kapitalgesellschaftsformen GmbH und AG sowohl national als auch international eine hohe Reputation genießen; allerdings wäre „für die spezifischen Bedürfnisse von Startups und anderen innovativen Unternehmen eine noch größere Freiheit zur individuellen Ausgestaltung zweckmäßig, als sie das geltende Kapitalgesellschaftsrecht bietet“.

Obwohl damit ausdrücklich ausgesprochen wird, dass GmbH und AG als gewachsene Gesellschaftsformen einen hohen Wert haben, wird ihnen eine neue Gesellschaftsform beiseitegestellt, die in maßgeblichen Punkten die Reputation der Kapitalgesellschaft in Frage stellt.

Wir sehen die Gefahr, dass diese neue Gesellschaftsform insbesondere die bewährte GmbH unterminieren wird, zumal die neue FlexCo grundsätzlich allen Gründern offensteht, auch wenn sie nicht der Start-up-Szene oder „innovativen Unternehmensideen“ zuzuordnen sind, und zudem der Formwechsel problemlos möglich sein wird (§ 25 FlexKapGG). Uns ist bewusst, dass es nicht Aufgabe der Rechtsprechung ist, rechts- und standortpolitische Entscheidungen zu kommentieren. Wir sehen es aber als unsere Aufgabe an, darauf hinzuweisen, dass die gewachsene und ausgezeichnet funktionierende Struktur des Kapitalgesellschaftsrechts mit ihren in der rechtswissenschaftlichen Literatur und der gesellschaftsrechtlichen Judikatur herausgearbeiteten Präzisierungen ein wesentlicher Faktor der Rechtssicherheit für in diesen Bereichen tätige stakeholder ist und ein entscheidendes Asset für den Wirtschaftsstandort Österreich darstellt.

4.

Die aus Teilen der Wirtschaft in den Medien nachlesbaren Kommentierungen zum vorliegenden Entwurf befremden insoweit, als die FlexCo als „Teilmodernisierung des Gesellschaftsrechts“ verkauft wird, dem als ersten Schritt weitere notwendige Änderungen der Rahmenbedingungen folgen müssen, um „einen zukunftsfähigen Wirtschaftsstandort zu schaffen“ (so etwa der „Senat für Wirtschaft“ in *Medianet* vom 9.6.2023).

Die Aufrechterhaltung der Notariatsaktspflicht für die Gesellschaftsgründung wird kritisiert als Unterlassung einer „dringend gebotenen Entbürokratisierung und Flexibilisierung“, es seien lediglich zwei „Privilegien der Notare auf Anwälte ausgeweitet“ worden, was als „Aufbrechen einer bisherigen notariellen Tabuzone als Meilenstein und guter Anfang anzuerkennen“ sei.

Die Notariatsaktspflicht des § 4 Abs 3 GmbHG – die den Schutz jedes Gesellschafters durch die Beratungspflicht und Belehrungspflicht des Notars sowie den Schutz der Allgemeinheit durch die Form der öffentlichen Urkunde bezweckt (RIS-Justiz RS0059806) – als Privileg einer Berufsgruppe zu bezeichnen und deren Aufbrechen als Ziel und Erfolg zu formulieren, gibt zu denken und sollte Anlass geben, die Absichten hinter derartigen Tendenzen kritisch zu hinterfragen. Es ist jedenfalls kein Argument für eine Liberalisierung strenger Formvorschriften, die sich bewährt haben und laufend bewähren.

B. Anmerkungen zu § 12

§ 12 Abs 1 und 2 FlexKapGG ersetzt die strenge Formpflicht des § 76 Abs 2 GmbHG (Übertragung der Geschäftsanteile) und des § 52 Abs 4 GmbHG (Übernahmeerklärung bei der Kapitalerhöhung) durch die bloße Schriftform in Gestalt einer notariellen oder rechtsanwaltlichen Privaturkunde.

Nach den Erläuterungen soll – bei gleichzeitiger Wahrung österreichischer Standards – eine flexible Anteilsvergabe an Investorinnen mit minimalen digitalen Behördenwegen ermöglicht werden. Ausdrücklich halten die Erläuterungen fest, dass die Notariatsaktspflicht gem § 76 Abs 2 und § 52 Abs 4 GmbHG „insbesondere eine verlässliche Identifizierung und umfassende Belehrung der Parteien sowie eine Überprüfung der rechtlichen Zulässigkeit der Vorgänge gewährleistet“. Obwohl auch diese Notariatsakte mittlerweile unter Nutzung einer elektronischen Kommunikationsmöglichkeit und damit ohne persönliches Anwesenheitserfordernis errichtet werden können (§ 69b NO), werde dies v.a. von ausländischen Investorinnen teilweise als hinderlich empfunden.

Nur weil ausländische Investorinnen eine Formpflicht als hinderlich empfinden, werden bewährte und die Richtigkeit des Firmenbuchstands in hohem Maße gewährleistende Prinzipien des geltenden Rechts beseitigt. Wir stellen in Frage, dass die Privaturkunde in der vorgeschlagenen Form sicherstellt, dass „keine Defizite in Bezug auf die Rechtssicherheit für Gesellschafterinnen und Dritte sowie auf die Transparenz zu befürchten sind“.

Die Alternative zum Notariatsakt für Anteilsübertragungen und Übernahmeerklärungen ist eine Formpflicht sui generis, aufbauend auf den bereits bestehenden Vorschriften für (Privat-) Urkunden, die von Notarinnen oder Rechtsanwältinnen errichtet werden (§ 5a NO sowie § 10

Abs 4 RAO). Bei der Errichtung dieser Urkunde treffen die Notarin oder Rechtsanwältin spezifische, an den Notariatsakt angelehnte Belehrungs- und Prüfungspflichten.

Die Formpflicht bei der Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen gem § 76 Abs 2 GmbHG ist keine Schikane und auch kein Privileg einer Berufsgruppe, sondern erfüllt verschiedenste Normzwecke:

- „Immobilisierung“ des Geschäftsanteils
 - Verhinderung der Umlauffähigkeit im Handelsverkehr (Börsehandel)
 - Instrument für den Erwerberschutz
 - Stabilität (ständige beliebige Änderung der Zusammensetzung der Gesellschafter beeinträchtigt die Gesellschaft)
- Übereilungsschutz
 - Erwerberschutz
 - Belehrungszweck (vgl. §§ 5, 34, 52, 53 NO)
- Publizität (Feststellung der Identität des Gesellschafters)

Eine Verletzung der Formpflicht führt zur Unwirksamkeit des Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfts (RIS-Justiz RS0059756 [T3]). Eine Heilung durch Erfüllung wird bei Fehlen jeglichen Notariatsakts verneint (OGH 7 Ob 110/04h), der Formmangel des Verfügungsgeschäfts wird nach *üA* für nicht heilbar erachtet (*P. Bydlinski*, Veräußerung 19 f, 62 f, 65), ob eine Heilung des Verpflichtungsgeschäfts möglich ist, ist äußerst umstritten.

§ 12 Abs 1 FlexKapGG adressiert in der vorgeschlagenen Fassung den Übereilungsschutz. Parteien sind über die Rechtsfolgen ihrer Erklärungen und mögliche weitere Voraussetzungen für die Wirksamkeit der Übertragung zu belehren [Belehrung über Haftungsrisiko für ausstehende Stammeinlagen anderer Gesellschafterinnen oder die Einhaltung allfälliger gesellschaftsvertraglicher Veräußerungsbeschränkungen (276/ME XXVII. GP 10)]. Gemäß den Erläuterungen haben die urkundenverfassenden Notarinnen und Rechtsanwältinnen selbstverständlich die Bestimmungen zur Geldwäscheprävention zu beachten.

Es hat eine Prüfung der Zulässigkeit der Anteilsübertragung (Verträge, Erklärungen) durch Notarin bzw Rechtsanwältin zu erfolgen (276/ME XXVII. GP 10). Dazu ist anzumerken, dass vom Formzweck des § 76 Abs 2 GmbHG eigentlich keine Prüfung des Abtretungsvorganges umfasst ist, weil den Notar keine ausdrückliche rechtliche Prüfungspflicht trifft, ob die Abtretung wirksam ist.

Im Firmenbuchverfahren gilt die amtswegige materielle Prüfungspflicht des Gerichts als tragendes Prinzip des Firmenbuchs; zu prüfen ist in tatsächlicher und in rechtlicher Hinsicht unter Berücksichtigung von Sachverhalts- und Rechtsfragen. Damit obliegt dem Firmenbuchgericht grundsätzlich die Prüfung, ob der angemeldete Abtretungsvorgang dem

Gesetz und der Satzung entspricht (OGH 6 Ob 342/97f); eine tiefergehende Prüfung ist erst bei Auftreten von Bedenken oder Widersprüchlichkeit des Vorbringens des Geschäftsführers angezeigt (OGH 6 Ob 163/02t).

Damit wird das Firmenbuchgericht auch jede Anmeldung eines Gesellschafterwechsels nach dem FlexKapGG formell und materiell zu prüfen haben. Auch wenn in den Erläuterungen Gegenteiliges formuliert wird, muss darauf aufmerksam gemacht werden, dass im Geltungsbereich der Neuregelung eine regelmäßige inhaltliche Prüfung durch das Firmenbuchgericht geradezu zwingend erscheint. Es wird nämlich keineswegs so sein, dass die Vorlage des Abtretungsvertrags (also der Privaturkunde) nur in Ausnahmefällen erforderlich ist, weil es sich bei der Anmeldung einer Anteilsübertragung um eine vereinfachte Anmeldung nach § 11 FBG (iVm § 26 GmbHG) handle (276/ME XXVII. GP 11).

Ungeklärt sind nämlich die Rechtsfolgen einer Verletzung der Belehrungspflichten gem § 12 Abs 1 und 2 FlexKapGG. Zweifelsfrei werden beteiligte Parteien unterlaufene Fehler, Mängel und Unterlassungen bei der Belehrung nach allgemeinen vertragsrechtlichen Grundsätzen anfechten können. Vor diesem Hintergrund ist es immanente Aufgabe des Firmenbuchgerichts, im Sinne der ex-ante-Prüfung zur Vermeidung unrichtiger Eintragungen im Firmenbuch sicherzustellen, dass diese Belehrungen in der erforderlichen Form und Richtigkeit erfolgt sind. Der diesbezügliche personelle Mehraufwand bei den Entscheidungsorganen wird mit keinem Wort thematisiert und nicht einmal als relevant gesehen.

Völlig übersehen wird zudem die europarechtliche Dimension dieser Öffnung der Urkundenerstellung auf die Rechtsanwältinnen. Offenkundig geht der Gesetzgeber davon aus, dass nur österreichische Rechtsanwältinnen zur Erstellung der Urkunden gem § 12 Abs 1 u 2 FlexKapGG berufen sind.

In der *RS Piringer*, C-342/15, entschied der EuGH mit Urteil vom 9.3.2017 wie folgt:

1.

Art 1 Abs 1 Unterabs 2 der Richtlinie 77/249/EWG des Rates vom 22. März 1977 zu Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des freien Dienstleistungsverkehrs der Rechtsanwälte ist dahin auszulegen, dass er auf eine Regelung eines Mitgliedstaats wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende, die den Notaren die Vornahme von Beglaubigungen der Echtheit von Unterschriften auf Urkunden, die für die Schaffung oder Übertragung von Rechten an Liegenschaften erforderlich sind, vorbehält und dadurch die Möglichkeit ausschließt, in diesem Mitgliedstaat eine solche, von einem in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Rechtsanwalt vorgenommene Beglaubigung anzuerkennen, keine Anwendung findet.

2.

Art 56 AEUV ist dahin auszulegen, dass er einer Regelung eines Mitgliedstaats wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden nicht entgegensteht, die den Notaren die Vornahme von Beglaubigungen der Echtheit von Unterschriften auf Urkunden, die für die Schaffung oder Übertragung von Rechten an Liegenschaften erforderlich sind, vorbehält und dadurch die Möglichkeit ausschließt, in diesem Mitgliedstaat eine solche, von einem in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Rechtsanwalt im Einklang mit seinem nationalen Recht vorgenommene Beglaubigung anzuerkennen.

Urkunden gem § 12 Abs 1 und 2 sind reine Privaturkunden, womit diese ohne Zweifel von Rechtsanwältinnen aus der Europäischen Union im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit erstellt und – naturgemäß unter Beachtung der firmenbuchrechtlichen Formvorschriften – beim Firmenbuchgericht eingereicht werden können.

Dass dies zu einem erheblichen Mehraufwand für die firmenbuchgerichtlichen Entscheidungsorgane führt, muss nicht besonders erwähnt werden. Der für Anteilsabtretungen bzw Übernahmserklärungen vorgeschriebene Notariatsakt ist eine öffentliche Urkunde; diese hat ohne zusätzliche Formerfordernisse die Vermutung der Echtheit für sich und begründet vollen Beweis dessen, was darin amtlich verfügt oder erklärt wird (§ 310 Abs 1, § 292 Abs 1 ZPO). Dies gilt weder für anwaltliche noch für notarielle Privaturkunden, womit sich im Hinblick auf den wahrscheinlich oft gegebenen Auslandsbezug weitere Komplikationen im Zusammenhang mit beglaubigten Übersetzungen bzw allgemeinen Urkundenbeglaubigungen geradezu aufdrängen. Vor dem Hintergrund der ohnehin vorhandenen elektronischen Kommunikationsmöglichkeit bei der Erstellung eines Notariatsakts ist dieser für ausländische Beteiligte bzw Investorinnen möglicherweise noch dazu die sichere, schneller umsetzbarere und kostengünstigere Variante.

Der allfällige Mehraufwand für die justiziellen Entscheidungsorgane ist selbstverständlich per se kein Argument gegen die Regelung (weil es Sache der Justiz ist, allfällige fehlende Ressourcen zu bedecken). Zu bedenken ist allerdings die Gefahr der damit einhergehenden Rechtsunsicherheit bezüglich der Wirksamkeit von im Firmenbuchgericht eingetragenen Gesellschafterwechseln. Dass sich diese bei Prüfung solcher ausländischen Privaturkunden im Rahmen des außerstreitigen Firmenbuchverfahrens immer wieder verwirklichen wird, ist naheliegend.

Die Beibehaltung der Notariatsaktspflicht würde diese Gefahrenlage obsolet machen, wäre unionsrechtlich unbedenklich und die bewährte Rechtssicherheit im Kontext der einschlägigen Firmenbucheintragungen gewährleisten.

Zudem würde die Aufrechterhaltung der strengen Formpflicht die Raschheit des Eintragungsverfahrens sicherstellen und die Durchführung aufwändiger Prüfungsverfahren vermeiden.

C. Zuständigkeit der Rechtspflegerinnen

1.

Art. 4 sieht lediglich eine Änderung des RpfG in § 22 Abs 2 Z 1 lit b und Z 2 lit a durch Einfügung der Flexiblen Kapitalgesellschaft vor. Damit fallen Ersteintragungen von FlexKapG mit einem Stammkapital von bis zu € 100.000 und Eintragungen von Gesellschaftsvertragsänderungen von FlexKapG mit einem Stammkapital von weniger als € 100.000 in den Wirkungskreis der Rechtspflegerinnen.

Das FlexKapGG enthält zahlreiche Regelungen, die dem GmbH-Recht fremd sind. Die bedingte Kapitalerhöhung gem §§ 19 und 20, das genehmigte Kapital gem § 21, die Möglichkeit der Ausgabe von Finanzierungsinstrumenten nach § 22 (für die im Gesellschaftsvertrag Erfordernisse vorgesehen werden können) sind weitgehend Tatbestände, die ihre Grundlage im Aktienrecht haben. Einschlägige Vorgänge nach dem AktG sind gem § 22 RpfG dem Richter vorbehalten.

Es sollte daher überlegt werden, den Katalog der Richterzuständigkeiten in § 22 Abs 2 RpfG entsprechend zu erweitern, um zumindest die angesprochenen Bereiche bei der RichterIn zu konzentrieren.

2.

Nur ein – zu beseitigendes – Redaktionsversehen dürfte die fehlende Ergänzung in § 22 Abs 4 lit b darstellen, zumal davon auszugehen ist, dass die Umwandlungen nach § 25 und § 26 FlexKapGG wie die Umwandlungen nach dem elften Teil des AktG in die Richterzuständigkeit fallen sollen.

D. Redaktionelle Anmerkungen

1.

Es fällt auf, dass im Unterschied zu den §§ 239 ff AktG die §§ 25 und 26 FlexKapGG für die dort genannten Rechtsformen (mit Ausnahme von § 25 Abs 1) deren Abkürzungen und nicht mehr die ausgeschriebene Form verwenden.

2.

Systemwidrig ist zudem die Verwendung der Singular-Form für die Geschäftsführerin in § 20 Abs 3 FlexKapGG; in der vergleichbaren Fallkonstellation des § 10 Abs 3 GmbHG wird die Pluralform verwendet. Nachdem eine Kapitalerhöhung gem § 20 Abs 3 FlexKapGG von sämtlichen Geschäftsführerinnen zur Eintragung im Firmenbuch anzumelden ist (§ 1 Abs 2 FlexKapGG iVm § 51 Abs 1 GmbHG), könnte die Verwendung der Singularform in diesem Kontext zu Unklarheiten führen.

Für die Fachgruppe Firmenbuch

Dr. Klaus Jennewein

Obmann