

Austrian Limited: Die Pläne zur flexiblen Kapitalgesellschaft und die Reform des Gesellschaftsrechts

WALTER DORALT / KEYVAN RASTEGAR / MARTIN GELTER / PIERRE-HENRI CONAC / KATHARINA RASTEGAR / EDMUND SCHUSTER

Der vorliegende Beitrag widmet sich der von der Regierung geplanten neuen Kapitalgesellschaftsform einer Austrian Limited und der parallel dazu begonnenen Reform des Kapitalgesellschaftsrechts.

I. Ausgangspunkt

Für teilweise Überraschung hatte in Fachkreisen eine Stelle im Regierungsübereinkommen gesorgt, wonach eine neue Kapitalgesellschaftsform eingeführt werden soll.¹ Der Projektname hieß „Austrian Limited“ und lautet derzeit „flexible Kapitalgesellschaft“ („FlexKapG“ bzw. „FlexCo“). Diese soll Entrepreneurship in der Frühphase fördern, besonders gründerfreundlich sein und, so die Hoffnung, die heimische Start-up-Szene beleben. Im Einzelnen scheinen jedoch viele Aspekte derzeit noch offen zu sein.

Bei rechtsvergleichender Betrachtung hat Österreich im Kapitalgesellschaftsrecht in den vergangenen beiden Jahrzehnten Reformen nur relativ zaghaft umgesetzt (soweit man unionsrechtlich bedingte Änderungen einmal ausklammert). In derselben Zeit haben andere europäische Rechtsordnungen teils weitreichende Reformen vorgenommen, um die GmbH bzw. ihr vergleichbare Gesellschaftsformen attraktiver zu machen. „Flexibilität“ und „Gestaltungsfreiheit“ waren dabei meist entscheidende Stichworte.²

Die Lage mag manchen zwar nicht alarmierend erscheinen, denn Gründungen sind – selbstverständlich – dennoch ohne allzu fundamentale Einzelhindernisse möglich. Doch auch überwindbare Hindernisse sollten, soweit sie nicht erforderlich sind, beseitigt werden. Das gilt vor allem dann, wenn sich diese primär in einer zusätzlichen Kostenbelastung für Unternehmensgründer manifestieren; dies hat sich am Beispiel der (vorübergehenden) Beliebtheit der englischen Limited in Deutschland und (in etwas geringerem Ausmaß)

auch in Österreich gezeigt.³ Gerade in Anbetracht der durch das Unionsrecht bestehenden Wahlmöglichkeiten für Gesellschaftsformen sollte daher eine Platzierung im europäischen Mittelfeld eher Ansporn für weitere Verbesserungen als ein Grund zur Zufriedenheit oder gar für Stillstand sein.⁴ Insofern gilt es im konkreten Kontext wie auch allgemein bei Reformen, zunächst immer die bestmöglichen Lösungen als Referenzpunkte zu suchen.

Die gegenwärtige Rechtslage kennt im Gesellschaftsrecht von der Gründungsphase an erhebliche zeit- und kostenintensive Formpflichten. Die Reichweite zwingenden Rechts ist noch immer bemerkenswert, insb bei der nicht börsennotierten (also privaten) AG, teilweise aber auch im Recht der GmbH. Die aktuellen Reformdiskussionen bieten eine wertvolle Gelegenheit, vorhandene Regelungen auf den Prüfstand zu stellen und echte Verbesserungen umzusetzen. Nicht jede Flexibilisierung sollte dabei automatisch dem Verdacht des Missbrauchs ausgesetzt sein. Zwar gibt es eine langjährige österreichische Tradition, wonach Reformen vorzugsweise in möglichst kleinen Schritten erfolgen. Die Fülle kleinteiliger

* Univ.-Prof. Dr. Walter Doralt lehrt am Institut für Zivilrecht, Ausländisches und Internationales Privatrecht der Universität Graz. Dr. Keyvan Rastegar, LL.M. (Harvard) ist Rechtsanwalt in Wien. Prof. DDr. Martin Gelter, S.J.D. (Harvard) lehrt an der Fordham University School of Law in New York Gesellschaftsrecht, Rechtsvergleichung und Rechnungswesen für Juristen. Prof. Dr. Pierre-Henri Conac lehrt an der Universität Luxemburg Handels- und Unternehmensrecht und ist Max Planck Fellow des MPI Luxemburg. Dr. Katharina Rastegar, LL.M. (Harvard) ist Rechtsanwältin in Wien. Mag. Edmund Schuster, LL.M. (LSE) ist Associate Professor of Law an der London School of Economics.

¹ Regierungsprogramm 2020 – 2024, S 62, online abrufbar unter <https://www.bundeskanzleramt.gv.at/bundeskanzleramt/die-bundesregierung/regierungs-dokumente.html>.

² Beispielfähig kann auf die recht weitgehenden Reformen des Gesellschaftsrechts im Vereinigten Königreich durch den Companies Act 2006 oder auf die jüngsten Änderungen im belgischen Gesellschaftsrecht verwiesen werden, ebenso auf die jüngste Einführung einer einfachen AG (*prosta spółka akcyjna*) in Polen mit dem Ziel, Start-ups und innovativen Unternehmen die Kapitalaufbringung zu erleichtern. In Belgien wurde insb das Kapitalsystem in der der GmbH entsprechenden SRLs bzw BVs abgeschafft; siehe FN 115. Sehr vorsichtig, aber immer noch mutiger als in Österreich ist die Reform des deutschen GmbH-Rechts mit dem MoMiG, dBGBl I 2008, 2026. Nicht glücklich war gewiss in Österreich die minimale GmbH-Light-Reform (GesRÄG 2013, BGBl I 2013/109), die zugunsten der gründungsprivilegierten GmbH (AbgÄG 2014, BGBl I 2014/13) zurückgenommen wurde.

³ Siehe dazu etwa Ringe, Corporate Mobility in the European Union – A Flash in the Pan? An empirical study on the success of lawmaking and regulatory competition, European Company and Financial Law Review 2013, 230.

⁴ In der viel beachteten, wenngleich auch viel kritisierten, Studie der Weltbank (*World Bank Group, Doing Business 2020* [2020], online abrufbar unter <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/32436/9781464814402.pdf>) ist Österreich insgesamt auf einem noch respektablem 27. Rang (von 190). Von den europäischen Rechtsordnungen sind bspw folgende vor Österreich gereiht: Dänemark (4.), Vereinigtes Königreich (8.), Norwegen (9.), Schweden (10.), Litauen (11.), Nordmazedonien (17.), Estland (18.), Lettland (19.), Finnland (20.), Deutschland (22.), Irland (24.), Island (26.). Von den außereuropäischen Rechtsordnungen sind vor Österreich zB Neuseeland (1.), Singapur (2.), Australien (14.) oder Kanada (23.) gereiht. Unmittelbar Österreich folgend ist übrigens Russland (28.). Zu den 10 Kriterien, die gleichwertig für die Erstellung des Rankings herangezogen werden, zählt als Erstes die Gründung eines Unternehmens (*starting a business*), mit den Unterpunkten *procedures*, also Anzahl der Verfahren für die Gründung (die Einträge liegen dazu zwischen 1 und 18), *time (days)*, Einträgen zwischen 0,5 und 100 Tagen, Kosten und Mindestkapital (im Verhältnis zum Pro-Kopf-Einkommen vor Ort). Die insgesamt akzeptable Platzierung Österreichs wird gerettet durch einen herausragenden Wert für internationalen Handel (*trading across borders*, wo Kriterien etwa sind: Dauer der Abfertigungen an der Grenze und Ausmaß der Dokumentationspflichten bei Import und Export) und durch einen immer noch sehr guten Rang bei der Rechtsdurchsetzung für Verträge (*enforcing contracts*). Massiv nach unten rutscht die Platzierung hingegen beim *starting a business*; siehe Pkt II.3.1. Es ist freilich unklar, inwieweit Rankings dieser Art taugliche Indikatoren für die Qualität von Rechtsordnungen sind; siehe etwa McCormack, Why „Doing Business“ with the World Bank May Be Bad for You, European Business Organization Law Review 2018, 649; Michaels, Comparative Law by Numbers? Legal Origins Thesis, Doing Business Reports, and the Silence of Traditional Comparative Law, The American Journal of Comparative Law 2009, 765. Insb ist unklar, ob tatsächlich ein Kausalzusammenhang zwischen den untersuchten Kriterien einerseits und den realwirtschaftlichen Resultaten andererseits besteht und gegebenenfalls in welche Richtung die Kausalität verläuft. Der bloße Umstand, dass diese Indikatoren international Beachtung finden, legt jedoch nahe, dass sie nicht gänzlich ignoriert werden können, soweit sie einen Einfluss auf Standort- und Strukturentscheidungen von Gründern haben.

Kompromisse in der Vergangenheit ist allerdings – nach Ansicht der Autoren – mitverantwortlich für den aktuellen Befund eines gewissen Reformstaus. Daher sollten durchaus auch mutigere Lösungen in Betracht gezogen werden. Wo eine aktuelle Regelung überflüssig geworden ist (zB Mindestkapital im Recht der GmbH, Veröffentlichungspflichten im Amtsblatt zur Wiener Zeitung), stellen halbherzige Reförmchen vergebene Chancen dar und sind insoweit unangemessen.

Bei anderen Aspekten ist möglicherweise differenzierter (zB Kapitalerhaltung) und außerdem abhängig von den sonstigen Bausteinen der Reform (zB Zusammenspiel notarieller Formpflichten in Kombination mit weitreichender Prüfpflicht des Firmenbuchgerichts) anzusetzen.

Da aktuell an der Umsetzung des Regierungsprogramms gearbeitet wird und sich bereits gegen manche Ansätze erheblicher Widerstand bemerkbar macht, wird hier selektiv auf einzelne – uE zentrale – Reformbedürfnisse eingegangen. Anschließend wird erörtert, welche Gründe für eine zusätzliche, neue Rechtsform sprechen und ob eine Reform des GmbH- und Aktienrechts stattdessen ausreicht.⁵

II. Reformstau im Recht der privaten AG und der GmbH

1. Vorbemerkung

Viele der reformbedürftigen Punkte sind in der Diskussion seit Langem bekannt.⁶ Weil mit der aktuellen Reformdynamik wesentliche Verbesserungen des Kapitalgesellschaftsrechts in der GmbH und der AG nun offenbar politisch möglich sind, wird im Folgenden auf einige relevante Aspekte in vergleichender Perspektive eingegangen. Zu hoffen bleibt, dass nun der Zeitpunkt für die Umsetzung vieler bereits im Ansatz vorhandener Vorschläge gekommen ist.

2. Notarielle Formpflichten

2.1. Gründung

Die Gründung der GmbH erfordert nach § 4 Abs 3 GmbHG einen Notariatsakt. Der Notar stellt dabei nicht nur die Identität der Parteien fest, sondern soll darüber hinaus beraten und belehren. Die Identitätsfeststellung erfolgt tatsächlich in der Praxis. Wie häufig Belehrung und Beratung notwendig sind und auch tatsächlich ernsthaft und angemessen ausführlich erfolgen, beurteilen Rechtsberater, die regelmäßig Gründungen begleiten, unterschiedlich.

Interessant ist der in der österreichischen Diskussion verbreitete Hinweis, notarielle Formpflichten seien zum Schutz der Allgemeinheit, des Rechtsverkehrs und zur Vermeidung von Missbrauch unbedingt erforderlich.⁷ Das kann manchmal so wirken, als wären ohne Notariatsakt Steuerhinterziehung, Geldwäsche und Missachtung der Minderheitenrechte an der Tagesordnung.

In diesem Kontext kann ein rechtsvergleichender Blick erhellend wirken: Bspw sehen Frankreich, Norwegen, Dänemark, Irland, Lettland, Ungarn, Zypern oder England keine notarielle Formpflicht zur Gründung einer GmbH (bzw des

jeweiligen Gegenstücks dieser Rechtsform) vor. Nicht ganz leichtfertig sollte man zB Frankreich oder Dänemark deswegen unterstellen, Geldwäsche und Steuerhinterziehung zu dulden.

Rechtsvergleichend interessant ist auch, dass 2019 die Arbeitsgruppe, die den European Model Company Act (EMCA)⁸ erstellt hat, eine elektronische Registereintragung ohne Notar und ohne Vorabprüfung des Registergerichts vorgeschlagen hat.⁹ Dieses auf breiter wissenschaftlicher Basis erstellte Regelwerk ist ein rechtlich unverbindliches Modellgesetz. Es versteht sich also als eine Empfehlung an nationale Reformgesetzgeber, die zur Verbesserung der Vorarbeiten die international üblichen *best practices* berücksichtigen wollen. In der aktuellen internationalen rechtswissenschaftlichen Diskussion genießt der EMCA hohes Ansehen und als Referenzmodell hat dieses Regelwerk europaweit Bedeutung erlangt.¹⁰

Für die Identitätsfeststellung ist im Übrigen zu bedenken, dass diese vollkommen losgelöst von einer notariellen Formpflicht ohnehin aufgrund zahlreicher Normen gesondert, mehrfach und zudem unentgeltlich zu erfolgen hat.

So hat sie der Vertragsrichter, ob Rechtsanwalt (§§ 8a und 8b RAO) oder Notar (§§ 36a und 36b NO) in Umsetzung der Geldwäsche-Richtlinien,¹¹ unabhängig von einer notariellen Formpflicht unentgeltlich durchzuführen, ebenso die Bank bereits bei der Kontoeröffnung (§§ 5 und 6 FM-GwG).¹² Aus diesen Gründen kann es nicht überraschen, dass insb in der Wirtschaft ein breiter Konsens gegen die Notariatsaktpflicht bei der Gründung besteht, teilweise auch darüber hinaus.¹³

⁸ Online abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=2929348>.

⁹ EMCA, Comments to sec 3.02 f, insb sec 3.08 („Real Electronic Registration“): „Electronic registration means that the Registrar does not have an opportunity to immediately verify the registration or application. This, however, does not preclude the Registrar from verifying the lawfulness of the registration or application at a later time or on a random basis.“

¹⁰ Siehe zum EMCA näher etwa Perakis, The EMCA: General Principles and Main Content, European Company and Financial Law Review 2016, 200; J. Schmidt, Der European Model Company Act (EMCA), ZHR 181 (2017), 43; Baums/Teichmann, Der European Model Company Act (EMCA), AG 2018, 562.

¹¹ Die 4. Geldwäsche-Richtlinie (Richtlinie [EU] 2015/849 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.5.2015 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung, zur Änderung der Verordnung [EU] Nr 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 2005/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinie 2006/70/EG der Kommission, ABl L 141 vom 5.6.2015, S 73) wurde in Österreich für die Rechtsanwälte durch das BRÄG 2016, BGBl I 2017/10, umgesetzt und die 5. Geldwäsche-Richtlinie (Richtlinie [EU] 2018/843 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30.5.2018 zur Änderung der Richtlinie [EU] 2015/849 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung und zur Änderung der Richtlinien 2009/138/EG und 2013/36/EU, ABl L 156 vom 19.6.2018, S 43) durch das BRÄG 2020, BGBl I 2020/19. Weitere Änderungen der RAO waren zuvor bereits durch BGBl I 2009/141 und BGBl I 2010/38 erfolgt; vgl Österreichischer Rechtsanwaltskammertag, Verhinderung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung in Anwaltskanzleien (2020), online abrufbar unter https://www.rakwien.at/userfiles/file/20200504_Geldwaesche_Leitfaden_inklAnhang.pdf. Die Gesellschaftsgründung als geldwäschegeneigtes Geschäft wurde bereits durch BGBl I 2003/93 in Umsetzung der 2. Geldwäsche-Richtlinie (Richtlinie 2001/97/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4.12.2001 zur Änderung der Richtlinie 91/308/EWG des Rates zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche, ABl L 344 vom 28.12.2001, S 76) eingeführt.

¹² Vor Umsetzung der 4. Geldwäsche-Richtlinie im BWG und VAG 1978.

¹³ Siehe Rat für Forschung und Technologieentwicklung, Ratsempfehlung zur Verbesserung der Rahmenbedingungen für die Gründung innovativer Unternehmen in Österreich (2018), online abrufbar unter https://www.rat-fte.at/files/rat-fte-pdf/einzelempfehlungen/2018/180322_Empfehlung_Rahmenbedingungen%20fuer%20Gruendungen.pdf; aufbauend auf der Studie von KMU Forschung Austria/RPCK, Analyse der Rahmenbedingungen, Hemmnisse und Hindernisse für innovative Unternehmensgründungen in Österreich (2017), online abrufbar unter https://www.rat-fte.at/files/rat-fte-pdf/publikationen/2017/1803_Rahmenbedingungen%20Innovative%20Gruendungen.pdf; ebenso BMDW, KMU im Fokus 2020 (2021), online abrufbar unter <https://www.bmdw.gv.at/Themen/Wirtschaftsstandort-Oesterreich/KMU/KMU-im-Fokus.html>; weiters noch AAIA/AustrianStartups/AVCO, Vision 2025 für den Standort Österreich (2019), online abrufbar unter https://aaia.at/wp-content/uploads/2019/09/Vision2025-AS_AAIA_AVCO.pdf.

⁵ In diese Richtung etwa zuletzt U. Torggler, Brauchen wir eine Austrian Limited? RdW 2021, 1.

⁶ Siehe bereits das umfassende ÖJT-Gutachten von Kalss/Schauer, Die Reform des österreichischen Kapitalgesellschaftsrechts (2006).

⁷ Siehe Ruffler, Austrian (un)Limited, GES 2020, 349; Kommenda, Friedrich Ruffler: „Die etablierte GmbH wurde zerstört“, Die Presse – Rechtspanorama vom 25.1.2021.

2.2. Nach der Gründung: Fortsetzung der Formpflichten beim Anteilsverkauf

Nach § 52 Abs 4, § 60 Abs 1 Satz 6 und § 76 Abs 2 GmbHG ist auch beim rechtsgeschäftlichen Anteilsverkauf (wie beim Anteilskauf oder der Kapitalerhöhung) ein Notariatsakt erforderlich. Das ist besonders schwer begreiflich und vor dem aktuellen Leitbild der GmbH, dem die private AG nahekommt,¹⁴ kaum begründbar.¹⁵

Knapp zwei Drittel der GmbHs sind Ein- und Zwei-Personen-Gesellschaften, wohingegen mehr als sechs Gesellschafter die seltene Ausnahme bilden. Gleichzeitig sehen über 80 % der Gesellschaftsverträge Vinkulierungsklauseln vor,¹⁶ sodass die GmbH typischerweise klein und geschlossen ist. Die Sorge, zahlreiche Anleger hier besonders schützen zu müssen, weil sie andernfalls durch ihren unbedarften und nicht hinreichend überlegten Entschluss zum Anteilsverkauf unerkannten Risiken ausgesetzt wären, passt nicht zu dieser Realität. Doch selbst wenn man die Formpflichten beim Anteilsverkauf damit rechtfertigen wollte, also wegen der sehr seltenen GmbH mit mehr als sechs Gesellschaftern, ist schwer zu begründen, warum dies bei der privaten AG nicht erforderlich sein sollte. Das Argument, es würde bei der AG ein standardisiertes Produkt gekauft¹⁷ und deswegen bestünde ein geringerer Schutzbedarf als bei der privaten GmbH, wirkt nicht überzeugend. Auch in der AG sind manche Gestaltungen zulässig, vor allem aber werden weder in der privaten AG noch in der GmbH dem unbedarften Anleger, der den Anteil erwirbt, die jeweiligen Feinheiten der vermeintlichen Standardisierung bei der AG bewusst sein. Dass die Regelung der Formpflichten insoweit unschlüssig ist, wird dadurch weiter verschärft, dass die weitaus gefährlichere Vergesellschaftung in einer OG (mit persönlicher Haftung der Gesellschafter) ohne notarielle Aufklärung und Formpflichten zugelassen wird. Die aktuelle Lage ist also, wenn es denn tatsächlich um den Schutz der Anteilserwerber geht, mehrfach widersprüchlich.

Bei näherer Betrachtung ist das von der betroffenen Interessengruppe ins Treffen geführte *telos* der Beratungs-, Warn- und Beweissicherungsfunktion nicht einmal im isolierten Kontext der GmbH überzeugend. Denn der typische Gesellschafter einer GmbH ist unternehmerisch tätig sowie idR

weder Verbraucher noch Kleinanleger und damit nicht besonders schutzbedürftig.¹⁸ Die vermeintliche Beratungs- und Warnfunktion steht noch dazu wiederum mit § 76 Abs 3 GmbHG, wonach die „gefährlichere“ und beratungsbedürftigere Verpfändung von Geschäftsanteilen gerade keines Notariatsaktes bedarf, im klaren Widerspruch.¹⁹

Während man also bei der Gründung noch allgemeine Interessen lose konstruieren kann, um zu versuchen, besondere Formpflichten damit zu rechtfertigen, bleiben bei der Anteilsübertragung nur noch die Interessen der Vertragsparteien selbst. Diese im Einzelfall auch gegen ihren Willen, also durch zwingendes Recht, mit besonderen, kostenintensiven Formpflichten zu belasten, um sie so vor Übereilung und vor sich selbst zu schützen, ist im Kontext der Anteilsübertragung ein sehr paternalistischer Ansatz.

Häufig werden Verträge für eine Anteilsübertragung beidseitig anwaltlich beraten, doch sogar solche Parteien müssen die Kosten der Errichtung eines Notariatsaktes tragen. Typischerweise wird der Notar den Vertragsentwurf in diesen Fällen zudem kurzfristig vor dem Termin erhalten, sodass eine sorgfältige Beratung und Belehrung der Parteien auch deswegen kaum zu leisten – und aufgrund der ohnehin bestehenden anwaltlichen Beratung auch nicht gewünscht – ist.

Die propagierte Beweissicherungs- und Publizitätsfunktion überzeugt auch nicht, denn für Beweis Zwecke würde auch die Schriftform, erst recht nach Eintragung im Firmenbuch, ausreichen. Publizität, Transparenz oder Identitätsfeststellung hinsichtlich der Eigentümerstruktur werden durch die Formpflicht jedenfalls nicht erzielt: Nicht nur besteht keine Pflicht (wenngleich mit der Nichteintragung gewisse Rechtsfolgen verbunden sind),²⁰ die Anteilsübertragung beim Firmenbuch anzumelden. Auch billigt die Rechtsordnung Konstrukte wie Treuhandschaften, die den wahren Eigentümer bewusst verschleiern.²¹ Nicht zuletzt wird die Formpflicht in einer Reihe an Konstellationen durchbrochen, etwa im Todesfall.²²

Einzig übrig bleibt allenfalls die historisch für den Notariatsakt ausschlaggebende Immobilisierungsfunktion.²³ Man wollte die einfache Übertragbarkeit der Anteile verlangsamen, was aber bereits ursprünglich fragwürdig war: Im HGB (Vorläufer des UGB) und auch im Gesellschaftsrecht allgemein ist alles auf die Schnelligkeit des unternehmerischen Geschäftslebens ausgerichtet. Anteile davon auszunehmen und deren Übertragung im unternehmerischen Kontext zu verzögern, wurde nie überzeugend begründet.²⁴ Im Übrigen

¹⁴ Reich-Rohrwig, Verbreitung und Gesellschafterstruktur der GmbH in Österreich, in FS Kastner (1992) 371 (374 f); ders, Empirische Untersuchung über die GmbH in Österreich, in FS G. Frotz (1993) 381 (382 f); ders, Struktur der Aktiengesellschaften in Österreich, *ecolex* 2018, 526 und 912; ders, Zahl der Aktiengesellschaften stark rückläufig, *ecolex* 2018, 1097; ders in Artmann/Karollus, AktG⁶ (2019) Vor § 70 Rz 1 ff. Unabhängig davon kommen *Elsner/Hössl/U. Torggler* (Die Satzungsstrenge: Leitbild und Realität der AG, GesRZ 2017, 78 [80]) zu ähnlichen Ergebnissen wie Reich-Rohrwig: „Ergebnis ist eine Gesellschafterstruktur nicht börsennotierter AGs, die im Wesentlichen jener einer GmbH entspricht ...“

¹⁵ Rauter in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG, § 76 Rz 171 ff; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ (2007) § 76 Rz 16 ff; kritisch dazu Kals in Gruber/Kals/Müller/Schauer, Erbrecht und Vermögensnachfolge² (2018) § 34 Rz 28; Enzinger, Von überschießenden Formpflichten, *AnwBl* 2001, 510; Brugger, Zur Reduktion der Formpflicht des § 76 Abs 2 GmbHG – eine Übersicht, *NZ* 2012, 257 (dort auch zu den strittigen Punkten zur Reichweite).

¹⁶ J. Fragner, Ausgewählte Fragen des Aufgriffsrechts, *GesRZ* 2009, 155, die zirka 80 % als Durchschnittswert der 83 % in der Studie von Reich-Rohrwig (Verbreitung, 371) und der 78,3 % in jener von Kolarik (Gesellschaftsvertragliche Ausgestaltung der Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen [Diplomarbeit, Wirtschaftsuniversität Wien 2006]) bildet.

¹⁷ Krejci, Braucht Österreich die „kleine AG“? *RdW* 2001, 66: „Gründer von Aktiengesellschaften werden von mancherlei aktienrechtlichen Formvorschriften abgeschreckt, die in der Tat auf eine AG mit wenigen, individuell bekannten und kooperierenden Mitgliedern nicht richtig passen.“

¹⁸ Erst recht nicht, wenn man bedenkt, welche weitaus gefährlicheren Geschäfte die Rechtsordnung selbst Verbraucher ohne jegliche Formvorschrift abschließen lässt (angefangen vom Liegenschafts Kaufvertrag bis hin zu undurchsichtigen Kryptowährungen und NFTs). Auch erscheint es systemwidrig, den Beitritt zu einer OG – mit weit größerer Gestaltungsfreiheit und vor allem mit persönlicher Haftung – formfrei zu ermöglichen.

¹⁹ Siehe <https://www.youtube.com/watch?v=41XstZtavD0> (Vorlesung „Internationales Unternehmensrecht – Gesellschaftsmobilität II – Teil 2“ von Chris Thomale).

²⁰ Vgl etwa § 78 Abs 1 GmbHG, wonach im Verhältnis zur Gesellschaft nur derjenige als Gesellschafter gilt, der im Firmenbuch als solcher aufscheint.

²¹ Erst seit Einführung des *WiEReG* mit *BGBI* I 2017/136, das aufgrund der Art 30 und 31 der 4. Geldwäsche-Richtlinie verbindlich vorgegeben wurde, ist die Offenlegung des wahren wirtschaftlichen Eigentümers verpflichtend.

²² Rauter in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG, § 76 Rz 215 ff.

²³ *ErlRV* 236 *BjGH* 17. Sess, 52, 59 und 84 f; *HHB* 272 *BjGH* 17. Sess, 5; dazu *P. Bydlinski*, Veräußerung und Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen (1991) 35; *Auer*, Zum Formgebot bei (treuhändiger) Übertragung eines GmbH-Anteils, *JBl* 2002, 441.

²⁴ Dazu *Artmann/Rüffler*, Grundriss des österreichischen Gesellschaftsrechts² (2020) Rz 1046.

ist auch der Kontrast mit der AG zu bedenken, wo gerade der Handel von Anteilen in Sekundenbruchteilen nicht nur akzeptabel, sondern erwünscht ist. Die künstliche Verlangsamung der Anteilsübertragung bei der GmbH – zum Schutz der Parteien durch das Notariat – erscheint schwer begründbar. Die Immobilisierungsfunktion, als eine Art Übereilungsschutz,²⁵ kann als Zielrichtung des Notariatsaktes oder als dessen Begründung kaum gerechtfertigt werden;²⁶ selbst wenn man dies anders sieht, stellt sich dennoch die Frage, ob es nicht weniger kostenintensive Möglichkeiten der Immobilisierung gäbe.

International ist eine mit dem Notariatsakt vergleichbare Form zwar in verschiedenen Ländern noch vorgesehen, die Tendenz geht aber zur Vereinfachung. Nach wie vor vorgesehen ist eine notarielle Form etwa in Deutschland²⁷ sowie den Niederlanden²⁸ bzw eine öffentliche Urkunde nach spanischem Recht.²⁹ Nach italienischem Recht setzt die Wirksamkeit zwischen den Parteien keine Form voraus, allerdings verlangt die Eintragung ins Register und damit die Wirksamkeit gegenüber der Gesellschaft eine notariell beglaubigte Unterschrift.³⁰ Seit 2008 kann die Unterschrift digital ausgefertigt und von einem *dottore commercialista*, einer Art Wirtschaftstreuhänder, zum Register eingereicht werden.³¹ Die bloße Schriftform genügt in der Schweiz³² und in Frankreich.³³ Das neue belgische Recht sieht keine besonderen Formvorschriften vor, ebenso wenig das Recht der US-amerikanischen LLC.³⁴ Auch nach dem Recht des Vereinigten Königreichs beschränken sich die Formvorschriften im Wesentlichen auf die Verwendung eines Formulars und den Nachweis der Zahlung der Verkehrssteuern. Freilich ist in verschiedenen Ländern zumindest als dispositives Recht eine Vinkulierung der Geschäftsanteile oder ein Vorkaufsrecht vorgesehen.³⁵ Der EMCA als europäisches Referenzwerk sieht bei der Anteilsübertragung keine Rolle für das Notariat vor.³⁶

²⁵ P. Bydlinski, GmbH-Geschäftsanteile, 36; Brugger, NZ 2012, 257; siehe zur Immobilisierungsfunktion und möglichen Begründungen für ihren Bedarf auch noch Krejci, RdW 2001, 66 ff, wo ua darauf verwiesen wird, dass die Gestaltungsspielräume bei der GmbH (anders als bei der AG) eine besondere Schutz- und Warnfunktion des Notariats bei der Anteilsübertragung erforderlich machten.

²⁶ AA Ruffler, GES 2020, 349.

²⁷ Vgl § 15 dGmbHG.

²⁸ Vgl Art 2:196 Burgerlijk Wetboek.

²⁹ Vgl Art 106.1 Ley de Sociedades de Capital.

³⁰ Vgl Art 2470 Codice Civile.

³¹ Vgl Art 36 comma 1-bis, del D.L.112/2008 convertito con Legge n.133 del 6.8.2008 iVm Art 31 comma 2-quater Legge n. 340 del 24.11.2000; dazu Donativi, Il trasferimento delle quote di s.r.l. con firma digitale, alla luce delle recenti novità legislative, Le Società 2009, 410.

³² Vgl Art 785 Abs 1 OR.

³³ Vgl Art L223-17 iVm Art L221-14 Code de commerce. Demnach ist der Vertrag wirksam, selbst wenn er nicht in Schriftform geschlossen wurde. Gegenüber der Gesellschaft entfaltet der Vertrag seine Wirkung, wenn er dieser zugeht oder ihr gegenüber (durch einen *huissier*, in etwa frei übersetzbar mit Gerichtsvollzieher oder Vollstreckungsbeamter) angezeigt wird. Alternativ kann diese Wirkung auch dadurch hergestellt werden, dass unmittelbar durch einen Geschäftsleiter eine Anerkennung in notarieller Form erfolgt, eine praktisch, dem Vernehmen nach selten genutzte Variante, was auch nicht verwundert, da die einfacheren Formen frei gewählt werden können und keine Kosten (wie im Falle der Beiziehung eines Notars) anfallen. In den Materialien wurde die Reduktion der Formalia bei der SNC und der SARL in Anlehnung an die Rspr zur französischen GesBR empfohlen.

³⁴ Dazu zB Gelter, Die US-amerikanische LLC im Überblick, RdW_digitalOnly 2021, 1 (6).

³⁵ Zustimmung der Generalversammlung gem Art 786 Abs 1 OR (Schweiz); Art 5:63 Code des sociétés (Belgien); Art 107.2(b) LSC (Spanien); offenbar zwingendes Recht in Frankreich gem Art L223-14 Code de commerce; Vorkaufsrecht gem Art. 2:195 Burgerlijk Wetboek (Niederlande); (dispositive) Zustimmung aller Mitglieder einer LLC in den USA gem § 401(c)(3) Revised Uniform Limited Liability Company Act; §§ 18-301(b)(1) und 18-704(a)(2) Delaware Limited Liability Company Act.

Im Ergebnis bleibt die Formpflicht durch den Notariatsakt in Österreich bei der Gründung und bei der Anteilsübertragung ein großer Erfolg der standespolitischen Interessenvertretung.³⁷ Neben der formellen und materiellen Prüfung durch das Firmenbuchgericht ist das aber nicht ohne Weiteres zu rechtfertigen.

Da hier rechtspolitische Überlegungen im Vordergrund stehen und die vermeintliche Beratungs-, Warn- und Beweissicherungsfunktion ohnehin ins Leere geht, sollte uE die einfache Schriftform bei der Anteilsübertragung ausreichen.³⁸

2.3. Beurkundung und vereinfachte Form

Das Formerfordernis der öffentlichen Beurkundung, insb der Fall der Beglaubigung von Unterschriften, wird trotz seiner praktischen Bedeutung in der Diskussion wenig prominent behandelt. Dabei ist er über zahlreiche Gesetzesstellen verteilt, und zwar für Geschäftsführer (§ 9 Abs 3, § 9a Abs 5, § 51 Abs 1 und § 53 Abs 1 GmbHG; § 11 UGB) und Gesellschafter (§ 9 Abs 2, § 17 Abs 1, § 49 Abs 1, § 84 Abs 1 Z 2, § 98 und § 99 Abs 6 GmbHG).

Dabei sieht insb § 11 FBG Ausnahmen vom Beglaubigungserfordernis vor. Doch auch diese Bestimmung ist seit Langem in der Literatur mit guten Argumenten wegen ihrer inhaltlichen Beliebigkeit heftiger Kritik ausgesetzt.³⁹ Angesichts der technischen Fortschritte bei der digitalen Identifizierung und Authentifizierung gibt es Lösungen für sensible staatliche Applikationen (zB FinanzOnline, USP, Register der wirtschaftlichen Eigentümer, Web-ERV und zuletzt JustizOnline). Daher ist nicht ohne Weiteres begründbar, ausgerechnet im schnelllebigen Gesellschaftsrecht kostenaufwendigere und bürokratischere Formpflichten vorzusehen, gleich, ob nun im Kontext der vereinfachten Gründung gem § 9a GmbHG, analoger oder digitaler Form gem § 90a NO.

3. Firmenbuch

3.1. Materielle Prüfpflicht

Aus § 15 FBG ergibt sich die Prüfpflicht des Firmenbuchgerichts, die sich nicht nur auf die formelle, sondern ebenso auf die materielle Richtigkeit erstreckt.⁴⁰ Noch immer finden sich Urteile des OGH zu Streitfragen des FBG, die nicht

³⁶ EMCA, Comments to sec 5.13 („Transfer of Shares“): „The first choice EMCA makes is not to require the intervention of a notary.“

³⁷ Die Abschaffung des Notariatsaktes bei der Gründung war bereits 2015 im Bericht des BMWFV vorgesehen, außerdem der Ersatz der notariellen Beglaubigung durch die digitale Signatur; vgl BMWFV, Land der Gründer (2015) 33, online abrufbar unter https://www.rat-fte.at/files/rat-fte-pdf/aktivitaeten/strategische-grundlagen/BMWFV_Land_der_Gruender.pdf.

³⁸ Im Ergebnis ebenso U. Torggler, RdW 2021, 1.

³⁹ Zib in Zib/Dellinger, UGB I/1 (2010) § 11 FBG Rz 2: „Die Auswahl der durch § 11 FBG begünstigten Vorgänge erscheint relativ willkürlich: Neben für das Publikum weniger essentiellen Angaben wie über Geschäftszweig und Aufsichtsratsmitglieder finden sich auch die Geschäftsanschrift und die zentralen Kapitalisierungsmerkmale der GmbH (Gesellschafter, Stammeinlagen und hierauf geleistete Einzahlungen). ... § 11 FBG sollte die Kostenbelastung durch die mit dem FBG neu eingeführten Eintragungstatbestände mindern, was auch die zugleich eingeführte Halbierung der Pauschalgebühr zeigt. In gleicher Weise wurde § 11 FBG auch später wieder eingesetzt ... Aus der Genese der Vorschrift ergibt sich somit, dass § 11 FBG überhaupt keinen systemkonformen Normzweck hat, insbesondere handelt es sich nicht etwa um Eintragungen von geringerer Bedeutung für das Publikum ...“ Folglich kann aber dem System seit Langem schon nicht unterstellt werden, dass in angemessener Weise die Regelungsziele durch die Rechtslage erreicht werden. Offen bleibt damit die Frage, ob das von Widersprüchen geprägte Regime tatsächlich wegen seiner vermeintlichen Qualität in der aktuellen Form beizubehalten ist.

⁴⁰ Allgemein dazu Zib in Zib/Dellinger, UGB I/1, § 15 FBG Rz 5 ff; Kodek in Kodek/Nowotny/Umfahrer, FBG (2005) § 15 Rz 11 ff; Potyka in Straube/Ratka/Rauter, UGB I, § 7 Rz 37 f; Jennewein, FBG (2020) § 15 Rz 10 ff; zur Ausweitung des § 15

bloß nebensächliche Aspekte betreffen, sondern etwa zentrale Fragen wie die Parteistellung und die Reichweite der Prüfpflicht.⁴¹ Dass solche Punkte nicht längst geklärt sind, liegt auch an den Interessen der Beteiligten: In Fällen, in denen man über die Reichweite einer Prüfpflicht geneigt sein könnte, eine Klärung durch das Höchstgericht zu erwirken, werden oft die Interessen der Mandanten dagegensprechen. Diesen entsprechen meist die schnelle Eintragung und Erledigung eher. Daher wird, wo es möglich ist, im Zweifel die Befriedigung aller Nachfragen bevorzugt, mögen diese noch so weitreichend wirken.

Fast einhellig ist aus der Praxis von erfahrenen Rechtsanwälten zu hören, dass Verbesserungsaufträge der Rechtspfleger und Richter für Eintragungen schwer vorhersehbar seien. Nach verbreitetem Eindruck scheint die Reichweite der materiellen Prüfpflicht nicht nur von Gericht zu Gericht, sondern auch individuell unterschiedlich vollzogen zu werden. Zwar mag es sein, dass dahinter lediglich das unterschiedliche Rollenverständnis der beteiligten Personen steht: Rechtsanwälte, die im Interesse ihrer Mandanten eine schnellstmögliche Gründung (oder andere Eintragungen) erreichen wollen, auf der einen Seite, und Firmenbuchrichter und Rechtspfleger, deren Rollenverständnis von der Erfüllung hoheitlicher Kontrollpflichten im Justizbereich geprägt ist, auf der anderen. Dieses Selbstverständnis ist so im Gesetz angelegt und geht daher – natürlich – nicht vorrangig in die Richtung einer Servicestelle für die Wirtschaft. Die Tendenz, lieber genau nachzufragen, hängt selbstverständlich für die Behörde – bei entsprechenden Anhaltspunkten oder Zweifeln – auch mit dem Funktionsverständnis zusammen.⁴²

Eine Differenzierung könnte dahin gehen, dass nur bei jenen Bestandteilen des Firmenbuchauszugs, die den Rechtsverkehr und Gläubiger betreffen, dem Firmenbuchgericht eine materielle Prüfpflicht zukommt. Die Dauer für alle Verfahren durch materielle Prüfung zu verlängern, scheint gerade dort nicht geboten, wo die Nachteile typischerweise nur die Gesellschaft und die Gesellschafter treffen.

Der – empirisch schwer überprüfbar – Hinweis mancher Gerichte, dass Gründungseintragungen im Durchschnitt binnen fünf Werktagen erfolgen, ist aus unserer Sicht kein Grund zur übermäßigen Zufriedenheit mit der gegenwärtigen Lage.⁴³ Dass früher die Dauer länger war, ist ein schwacher Trost. Sicher ist erfreulich, dass heute – mit moderner EDV – solche Abläufe schneller als vor 30 Jahren gelingen. Gewiss sind fünf Werktage kein Todesstoß für Gründer. Doch ohne Zweifel sollte eine Rechtsordnung das Ziel haben, so effizient wie

möglich zu agieren. Für Reformen ist daher eine Orientierung an Bestwerten zu suchen, nicht am Mittelfeld oder an Schlusslichtern.

Für die Gründung ist der Befund zur österreichischen Lage nicht befriedigend. Er bestätigt den tatsächlich dringenden Bedarf für Reformen und insoweit die (vielleicht von manchen als zu kritisch empfundene) Haltung der Autoren dieses Beitrags.

Betrachtet man die Lage aber nicht nur von innen, ausgehend vom tradierten und seit Langem gewohnten Status quo, ist das Bild ernüchternd: Denn auch wenn das „Ease of Doing Business Ranking“⁴⁴ seine Schwächen hat, gibt Österreichs Platzierung für das Kriterium *starting a business* Anlass zur selbstkritischen Reflexion. Österreich liegt darin auf Rang 127 (von insgesamt 190). Kurz nach Österreich folgen Rechtsordnungen wie etwa Kenia oder Bangladesch (einen Rang weiter hinten befindet sich zB auch die Tschechische Republik). Wer den Reformbedarf dennoch abtut, sollte folgende Platzierungen im Wettbewerb bedenken: Vor Österreich liegen beim Kriterium *starting a business* bspw Neuseeland, Kanada, Australien, Griechenland, Estland, das Vereinigte Königreich, Irland, die Niederlande, Norwegen, Lettland, Israel, Finnland, Litauen, Frankreich, Schweden, Slowenien, Dänemark, Belgien, Portugal, Island, Luxemburg, die Schweiz, Ungarn, Spanien, Italien, Japan, die Slowakei und Deutschland (sowie noch knapp 100 andere Länder).

Man kann die Forderung nach grundlegenden Reformen als Wünsche von Lobbyisten oder Interessenvertretern der Gründer abtun,⁴⁵ doch sprechen auch empirische Untersuchungen dafür, dass einfachere Gründungsvorschriften Unternehmertätigkeit erleichtern.⁴⁶ Dies deutet tatsächlich auf einen erheblichen Reformbedarf hin. Will man den empirisch untermauerten Systemrechtsvergleich der Weltbank nicht einfach nur ausblenden, weil er derzeit unangenehm ist, gilt es über echte Reformen konstruktiv nachzudenken. Daraus lassen sich die im Folgenden dargestellten ersten Vorschläge für mögliche Arbeitsschritte gewinnen.

FBG durch Verweis auf das AußStrG siehe RIS-Justiz RS0061530: „Das Handelsregister ist dazu bestimmt, der Sicherheit des rechtsgeschäftlichen Verkehrs mit den Unternehmen des Handelsstandes zu dienen. Es soll nicht gerade ein lückenloses Bild aller für das Handelsgeschäft oder den Inhaber rechtlich bedeutsamen Umstände bieten, sondern nur über die grundlegenden Tatsachen und Rechtsverhältnisse Auskunft geben.“; zur Entwicklung der Rspr siehe OGH 14.11.1984, 1 Ob 676/84 ua; 19.5.1994, 6 Ob 7/94 („Der Umfang der Prüfungspflicht des Firmenbuchgerichtes ist im Gesetz nicht im einzelnen festgelegt.“); 23.2.2016, 6 Ob 237/15v („Die Prüfpflicht des Firmenbuchgerichtes beschränkt sich in der Regel auf eine Plausibilitätsprüfung dahin, ob die begehrte Eintragung schlüssig dargelegt und nach der Lebens- und Praxiserfahrung des Entscheidungsorgans glaubwürdig ist ...“); differenzierend OGH 15.4.2010, 6 Ob 226/09t („Die materielle Prüfungspflicht besteht sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht ...“); 21.12.2017, 6 Ob 187/17v („satzungsändernden“).

⁴¹ Siehe zB OGH 23.1.2020, 6 Ob 3/20i; weiters die Nachweise zu Entscheidungen des OGH in FN 40.

⁴² Siehe zu den Funktionen allgemein G. Ebner, Informationsschutz und Prüfungspflicht im Firmenbuchrecht (2019) 14; Jennewein, FBG, § 1 Rz 9.

⁴³ Der Hinweis auf die Dauer von zirka fünf Werktagen findet sich bei *Kalss*, Das Firmenbuch – wichtige Infrastruktur für eine Marktwirtschaft, GesRZ 2020, 365, unter Berufung auf die Auskunft der Präsidentin des HG Wien und ist also eine Selbsteinschätzung dieses Gerichts. Auf die Dauer von zirka fünf Tagen verweist auch *Umfahrer*, Das österreichische Firmenbuch – ein Vorzeigeprojekt, in S. *Bydlinski/Wittmann-Tiwald*, 300 Jahre staatliche Handelsgerichtsbarkeit (2018) 69 (70), auch da allerdings ohne empirische Nachweise. Demgegenüber steht die öffentliche Studie von *KMU Forschung Austria/RPCK*, Analyse, die für innovative GmbHs auf eine Eintragungsdauer nach Firmenbuchanmeldung von drei bis 47 Werktagen und im Durchschnitt auf 16 Werktage kommt. Mögliche Gründe für die Diskrepanz können im Innovationsgrad der Gründungen liegen oder auch in Feiertagen, Wochenenden, Urlauben, Krankenständen, technischen Schwierigkeiten und Verbesserungsaufträgen.

⁴⁴ Online abrufbar unter <https://www.doingbusiness.org/en/rankings>.

⁴⁵ Bspw die Formulierung bei *Rüffler*, GES 2020, 349: „Frägt man nach den Gründen für eine solche Revolution, wird kryptisch darauf verwiesen, dass ausländische Investoren die österreichischen Formvorschriften nicht verstehen und erst recht nichts dafür zahlen wollten. Gründungen dauerten zu lange, Österreich sei in internationalen Rankings zum Wirtschaftsstandort zu weit hinten. Die Start-up-Szene lobbyiert heftig für dieses Vorhaben, wobei es sich freilich nicht um die Gründerinnen und Gründer selbst handelt, sondern um die Vertreter bestimmter Vereinigungen, die sich der Förderung von Start-ups verschrieben haben.“

⁴⁶ Etwa *Dreher/Gassebner*, Greasing the wheels? The impact of regulations and corruption on firm entry, Public Choice 2013, 413 ff (418 ff), wo die Auswirkungen von komplexen Gründungsprozeduren auf Gründungen untersucht werden; zu gesellschaftsrechtlichen Reformen *Braun/Eidenmüller/Engert/Hornuf*, Does Charter Competition Foster Entrepreneurship? A Difference-in-Difference Approach to European Company Law Reforms, Journal of Common Market Studies 2013, 399; siehe auch *Djankov*, The Regulation of Entry: A Survey, The World Bank Research Observer 2009, 183.

3.2. Mögliche Reformschritte im Firmenbuchrecht

3.2.1. Rechtsvergleichende Vorarbeiten

Die Autoren dieses Beitrags meinen, dass bei der Eintragungsdauer rechtsvergleichend untersucht werden sollte, wie andere Rechtsordnungen zu einer schnelleren Abwicklung gelangen (nicht alle 126 vor Österreich platzierten Rechtsordnungen werden den Vorwurf verdienen, dass ihre Gründungen stets missbrauchs anfällig sind). In einem weiteren Schritt könnte die Analyse noch immer ergeben, dass manche Modelle aus einem sachlichen Grund für Österreich ungeeignet sind.

Rechtsvergleichend ist hier auch wiederum das Ergebnis der EMCA-Gruppe von Interesse. Eine materielle Prüfung vor der Eintragung durch das Registergericht ist im EMCA nicht vorgesehen (wohl aber könnte eine spätere Prüfung durch ein Firmenbuchgericht, bspw durch Stichproben, vorgesehen werden).⁴⁷ Gleichzeitig verlangt Art 10 der Richtlinie (EU) 2017/1132⁴⁸ eine öffentliche Beurkundung des Errichtungsaktes und der Satzung der Gesellschaft sowie der Änderungen dieser Akte nur dann, wenn die Gesellschaftsgründung keiner vorbeugenden Verwaltungs- oder gerichtlichen Kontrolle unterworfen ist.

Hier liefert das europäische Leitbild in Verbindung mit dem Unionsrecht eine überzeugende Balance zwischen Rechtssicherheit, Qualitätskontrolle und Handlungsgeschwindigkeit und dadurch zahlreiche vernünftige Lösungsmöglichkeiten. Ist die Gründung (und nur die Gründung) einer vorbeugenden Kontrolle unterworfen, so können nachfolgende Eintragungen durch eine nachgelagerte Prüfung erfolgen und einer raschen, automatisierten Eintragung steht nichts mehr im Wege. Hier erlaubt der rechtspolitische Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers, die nachgelagerte Kontrolle mit Maß und Ziel auszugestalten. Selbst aber der vorsichtigste Ansatz, jede weitere Eintragung stets (und nicht etwa stichprobenartig) im Nachgang zu kontrollieren, bietet den entscheidenden Vorteil, dass zwar weiterhin ähnliche Kosten anfallen, aber immerhin die Bearbeitungsdauer nicht zulasten der Eintragenden geht. Auch wird dadurch erstmals der Rechtsweg eröffnet, da Parteien eher geneigt sein werden, Auslegungsdifferenzen höchstgerichtlich klären zu lassen, wenn die Eintragung bis dahin nicht blockiert ist.

3.2.2. Strukturierte und automatisierte Eintragungen

Hilfreich werden nicht nur automatisierte bzw strukturierte Firmenbuchanträge sein, sondern auch hierfür vorgesehene Musteranträge und -verträge, bei deren Verwendung nicht nur die Eintragung extrem beschleunigt, sondern das gewünschte Ergebnis gleich und rechtssicher erzielt werden kann. In diese Richtung gingen auch das Grundbuchsrecht und die vereinfachte Gründung gem § 9a GmbH, die allerdings in der Praxis eine verschwindende Rolle spielt.⁴⁹ Soweit man ohnehin stärker auf eine reine Online-Abwicklung

⁴⁷ EMCA, Comments to sec 3.02 f, insb Section 3.08 („Real Electronic Registration“): „Electronic registration means that the Registrar does not have an opportunity to immediately verify the registration or application. This, however, does not preclude the Registrar from verifying the lawfulness of the registration or application at a later time or on a random basis.“

⁴⁸ Richtlinie (EU) 2017/1132 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14.6.2017 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts, ABl L 169 vom 30.6.2017, S 46.

setzt,⁵⁰ wird es durchaus sinnvoll sein, Routineeingaben so weit wie möglich vorzugeben. Für den Umgang mit derartigen Mustern im Gründungsprozess könnte sich wiederum der Blick in andere Rechtsordnungen lohnen.⁵¹ Die aktuell umzusetzende Richtlinie (EU) 2019/1151⁵² sieht etwa in Art 13h ohnehin vor, dass für Online-Gründungen Muster zur Verfügung zu stellen sind.⁵³

3.2.3. Beschleunigte Prüfung gegen erhöhte Gebühr

Ebenso könnte erwogen werden, eine schnellere Eintragungsmöglichkeit – gerade bei Eingaben, die nicht ohnehin automatisch erfolgen können – gegen die Zahlung erhöhter Gebühren anzubieten, wie es andere Rechtsordnungen kennen.⁵⁴ Auch dem österreichischen Recht ist der Ansatz nicht fremd.⁵⁵

3.2.4. Prüfung der Abschaffung, Begrenzung oder zumindest Konturierung der materiellen Prüfpflicht

Ein Schlüssel zur Beschleunigung und Vereinfachung der Eintragung bleibt die Fortentwicklung des österreichischen Rechts bei der Reichweite der materiellen Prüfpflicht in anderen Fällen. Ob diese allgemein einzuschränken ist oder zumindest schneller umgesetzt werden kann, sollte ernsthaft geprüft werden. Nur auf die hohe Qualität der aktuellen Lage zu verweisen, um Änderungen abzulehnen, greift nach Ansicht der Autoren zu kurz und wird Österreich im internationalen Wettbewerb nicht helfen.

Zumindest ist die materielle Prüfpflicht so klar wie möglich im Gesetz zu konturieren. Unnötiger Formalismus sollte vermieden und durch klare Regeln unterbunden werden. Eine deutlich unterschiedliche praktische Handhabung der Prüfpflicht durch die jeweiligen Gerichte und Richter wäre zu vermeiden. Dafür könnte es etwa Leitlinien geben, die zwischen den Firmenbuchgerichten abgestimmt und veröffentlicht werden. Selbst wenn solche Leitlinien formal keine

⁴⁹ Allgemein kritisch *Rüffler*, Vereinfachte GmbH-Gründung: Wirkungslos, aber gefährlich, Die Presse – Rechtspanorama vom 30.1.2017; in diese Richtung weisend *Schopper/Walch*, Alternativen zur vereinfachten Gründung nach § 9a GmbHG, in FS Bittner (2018) 617 (618 und 627); *Bulajcsik*, Die deregulierte GmbH ohne Mindestkapital im österreichischen und europäischen Kontext (Exposé Dissertation, Universität Wien 2020) 5, online abrufbar unter https://ssc-rechtswissenschaften.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/s_rechtswissenschaft/Doktoratsstudium_PhD/ExposeI/Wirtschafts- und Unternehmensrecht_Gesellschaftsrecht_Die_deregulierte_GmbH_ohne_Mindestkapital_im_oesterreichischen_und_europaeischen_Kontext.pdf; *Endl*, Vereinfachte Gründung der GmbH (§ 9a GmbHG) – ein erster Überblick, RdW 2017, 667; ähnlich reserviert auch *Vinazer* in *H. Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG (2017) § 9a Rz 16 ff; *Zollner* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² (2018) § 9a Rz 5 ff.

⁵⁰ Für Compliance und Identifizierung gibt es funktionierende digitale Lösungen wie E-ID, JustizOnline, USP, Bürgerkarte und elektronische Signatur. Auch unter diesem Aspekt ist also ein Bedarf nach Einbindung des Notariats kaum schlüssig argumentierbar. Freilich könnte dieses als Option neben den anderen Möglichkeiten bestehen.

⁵¹ So gibt es etwa im Vereinigten Königreich Mustersatzungen (siehe Schedule 1 der Companies [Model Articles] Regulations 2008) für Limiteds, die immer dann automatisch zur Anwendung kommen, wenn im elektronischen Gründungsprozess nichts anderes bestimmt wird; siehe sec 20 Companies Act 2006.

⁵² Richtlinie (EU) 2019/1151 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.6.2019 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 im Hinblick auf den Einsatz digitaler Werkzeuge und Verfahren im Gesellschaftsrecht, ABl L 186 vom 11.7.2019, S 80.

⁵³ Vgl etwa zu Frankreich die Muster unter <https://www.service-public.fr/professionnels-entreprises/vosdroits/R39954> sowie die Sammlung auf der Internetseite der staatlichen Gründungsagentur bpifrance, online abrufbar unter <https://bpifrance-creation.fr/node/1044882>.

⁵⁴ So erlaubt etwa der US-Bundesstaat Delaware beschleunigte Eintragungen gegen erhöhte Gebühren; siehe <https://corp.delaware.gov/expserv>.

⁵⁵ Etwa bei der Ausstellung neuer Reisepässe, wonach die Fertigstellung normalerweise zirka fünf Tage benötigt (75,90 €) und ein Expresspass zwei bis drei Arbeitstage (100 €). Ein Ein-Tages-Express kostet 220 €; siehe <https://www.wien.gv.at/amtshelfer/dokumente/verwaltung/passservice/reisepass.html>.

Rechtskraft entfaltet, würden sie wohl zumindest dazu führen, dass nur in begründeten Fällen von der (dann bundesweiten) Praxis abgewichen wird.

Eine weitere Möglichkeit wäre, die Prüfung im aktuellen Rechtsbestand als Lösung zu belassen, allerdings mit der Wahlmöglichkeit, bestimmte Eintragungen durch Rechtsanwälte oder Notare direkt vornehmen zu lassen. Dafür könnte eine Haftung vorgesehen werden, die für solche Eintragungen das Unternehmen schadenersatzpflichtig macht, allenfalls solidarisch mit den handelnden Rechtsberatern. Eine solche Haftung für die Richtigkeit schafft natürlich nur Anreize, wo ein Schaden entstanden ist. Daher sollte zusätzlich die Möglichkeit einer Verwaltungsstrafe für falsche Eintragungen vorgesehen sein. Eine solche Kompromisslösung würde die nachträgliche Prüfung des Firmenbuchgerichts nicht ausschließen (so wären stichprobenartige Prüfungen gewiss sinnvolle Ergänzungen). Die Einführung dieser Kompromisslösung könnte für alle Eintragungen nach der Gründung geprüft werden, jedenfalls aber für den Wechsel von Organmitgliedern und deren Eintragung.

3.2.5. Problem der aktuellen Dopplung durch notarielle Formpflichten zusätzlich zur Prüfung des Firmenbuchgerichts

Da ein Notar den Notariatsakt vor der Eintragung einer Gesellschaft erstellt, ist bemerkenswert, dass Eintragungen häufig trotzdem nicht ganz reibungslos erfolgen und vom Firmenbuchgericht dennoch sehr oft Verbesserungen eingefordert werden. Die Frage, die sich deswegen aufdrängt, ist, wie viele Kontrollen mit Kosten und Zeitverlust für eine möglichst 100%ige Richtigkeit aller Einträge geboten sind.

Dem derzeitigen Ablauf ist nicht der Vorwurf mangelnder Qualität zu machen. Kritisch gesehen werden können aber die teils schwere Vorhersehbarkeit der Abläufe und die fehlende Abwägung von Kosten und Nutzen bestehender Hürden und Formprüfungen im Verhältnis zur Fehlerbeseitigung. Denn trotz erheblicher Kosten einer notariellen Formpflicht kann und wird bei der formellen und materiellen Prüfung des Firmenbuchgerichts vieles erneut geprüft. Eine solche doppelte Überprüfung belastet jeden Vorgang, nicht nur die wohl selteneren Fälle, in denen etwa ein gesetzwidriger Satzungsentwurf eingereicht wird. Ob die Gesamtbelastung aller Gründungen (und anderer Eingaben) zur Vermeidung von relativ wenigen Fehlern richtig ist, kann hinterfragt werden. Soweit dagegen eingewandt wird, dass die formelle und materielle Prüfpflicht des Firmenbuchgerichts wegen der Fehlerhäufigkeit der Eingaben unbedingt erforderlich ist, muss allerdings die Leistungsfähigkeit des Notariats im aktuellen System hinterfragt werden.⁵⁶ Wenn es zutrifft, dass fast 30 % der Eingaben bei Neueintragungen die Anforderungen nicht erfüllen,⁵⁷ funktioniert offensichtlich auf der vorgelagerten Ebene des Notariats die Kontrolle nicht optimal. Gewiss kann dafür auch die mangelhafte Vorbereitung der Parteien ausschlaggebend sein. Normalerweise würde man aber erwarten, dass die Beratung des Notariats zur Beseitigung von Mängeln

⁵⁶ AA Ruffler, GES 2020, 349.

⁵⁷ Helmenstein/Böhler-Grimm, Effizienz als Leitmotiv in der Handelgerichtsbarkeit, in S. Bydinski/Wittmann-Tiwald, 300 Jahre staatliche Handelgerichtsbarkeit (2018) 47 (50).

führt und Eintragungshindernisse danach nur noch sehr selten sind.

Es stellt sich jedoch auch die Frage, ob die 30 % der mangelbehafteten Fälle nach dem Notariat nicht doch ein Indiz dafür liefern, dass spezielle Anforderungen des jeweiligen Firmenbuchrichters oft nicht voraussehbar sind. Das würde also implizieren, dass der verbreitete Eindruck von Rechtsanwälten doch einen wahren Kern hat (und demnach die Anforderungen und Verbesserungsaufträge der Firmenbuchrichter oft überraschend, manchmal überschießend sind).⁵⁸ Es würde auch erklären, warum der Filter des Notariats die Mangelquote nicht auf einen niedrigeren Wert als 30 % drückt. Ohne sorgfältige empirische Grundlagen kann nur vermutet werden, dass der Befund möglicherweise multikausale Ursprünge hat.

3.2.6. Firmenbuchgericht und Servicestelle für Gründer und Nutzer: Sind das Gegensätze?

Bemerkenswert ist, dass sich in anderen Ländern Firmenbuchgerichte und vergleichbare Einrichtungen durchaus als Servicestellen für Gründer sehen,⁵⁹ während sie in Österreich eher als strenge Hüter des Gesetzes auftreten und mitunter eine möglichst umfassende Prüfung vornehmen, bevor das Privileg der Eintragung gewährt wird. Wenngleich die österreichische Verwaltung im letzten Jahrzehnt einen Neustart in einer bürgernahen Serviceeinrichtung vollzogen hat, wird im schnelllebigen Gesellschaftsrecht nunmehr die hoheitliche Prüftiefe der Gerichte diskutiert.⁶⁰

Der Trend, der Fortsetzung in Österreich verdient, ist die stärkere Orientierung an den Nutzern und auch an den Gründern. Dazu gehört ua die europäische Vernetzung der Register, bei der erhebliche Fortschritte gemacht wurden.⁶¹ Das Bedürfnis der Informationsadressaten, die oft nicht im rein nationalen Rechtsraum Österreichs agieren, lässt die möglichst weitgehende Vernetzung naheliegend erscheinen.⁶²

3.2.7. Englische Eingaben, allenfalls als Zusatz auf Wunsch der Gründer (bzw der Gesellschaft)

Allgemein könnte geprüft werden, welche Anpassungen für internationale Informationsadressaten hilfreich wären und welche davon (leicht) umsetzbar sind. Soweit sprachlich weiterhin nur Eingaben auf Deutsch und nicht auf Englisch zugelassen werden, ist für fast alle ausländischen Informationsadressaten offenkundig eine Sprachbarriere gegeben.

⁵⁸ Anders wohl Kalss, GesRZ 2020, 365, die sich sehr deutlich gegen eine Beschränkung der materiellen Prüfpflicht ausspricht, andererseits aber auch erwähnt, diese sollte nicht überreizt werden.

⁵⁹ So sieht sich etwa das UK Companies House klar (auch) als Serviceeinrichtung. Es publiziert eine „Customer Charter“, online abrufbar unter <https://www.gov.uk/government/publications/companies-house-customer-charter/companies-house-customer-charter>, bietet eine Vielzahl an modernen Datenservices und veranstaltet regelmäßig Webinare.

⁶⁰ Siehe Rat für Forschung und Technologieentwicklung, Ratsempfehlung, aufbauend auf der Studie von KMU Forschung Austria/RPCK, Analyse.

⁶¹ Vgl Richtlinie 2012/17/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.6.2012 zur Änderung der Richtlinie 89/666/EWG des Rates sowie der Richtlinien 2005/56/EG und 2009/101/EG des Europäischen Parlaments und des Rates in Bezug auf die Verknüpfung von Zentral-, Handels- und Gesellschaftsregistern, ABl L 156 vom 16.6.2012, S 1, in deren Umsetzung ein europäisches Portal etabliert wurde; siehe https://e-justice.europa.eu/content_find_a_company-489-de.do?init=true&m=1.

⁶² Siehe idZ etwa zu Frankreich <https://www.legalstart.fr/creation-entreprise/creation-sarl-gratuit>; <https://www.legalplace.fr/contrats/creation-eurl>; <https://www.jurisociete.fr/creation-societe/creation-sarl.php>; <https://www.contract-factory.com/go-statuts-sarl>.

Daher sollte wenigstens eine Grundlage für die zusätzliche Aufnahme einer englischen Version erwogen werden. Wichtig wäre es dabei, es den Parteien zu überlassen, ob die englische oder die deutsche Version für den Fall von Abweichungen verbindlich ist (jedenfalls wäre das dort angebracht, wo es um Regelungen geht, die die Rechtspositionen der Gesellschafter untereinander betreffen).

Eine Öffnung gegenüber der englischen Sprache allgemein könnte jedenfalls dazu beitragen, dass das Firmenbuch seine Funktion als zentrale, zuverlässige und auch zugängliche Informationsquelle dort erfüllt, wo die Informationsadressaten selbst nicht Deutsch lesen können. In einem stärker internationalisierten Umfeld des europäischen Binnenmarktes und darüber hinaus ist es wichtig, Informationen nicht nur zuverlässig zu sammeln, sondern diese für in- und ausländische Gesellschafter, Gläubiger und andere Stakeholder sprachlich leicht zugänglich zu präsentieren.⁶³

Ein weiterer Aspekt zur Fortentwicklung des Firmenbuchs könnte die noch stärker nutzerorientierte Aufbereitung vorhandener Daten in manchen Anwendungen sein. Gut vorstellbar wäre es, mit den bereits erfassten Daten per Knopfdruck auch grafisch komplexe Beteiligungsstrukturen als Übersicht zu generieren. Eine solche Dienstleistung würde in der Praxis wohl begrüßt werden.

4. Wiener Zeitung

Nach § 10 Abs 1 UGB sind Eintragungen im Firmenbuch grundsätzlich auch im Amtsblatt zur Wiener Zeitung bekannt zu machen. Diese anachronistische Regelung ist ein Glücksfall für Vortragende, wenn eine Pointe zum österreichischen Gesellschaftsrecht gesucht wird. Obwohl seit Jahrzehnten über die Abschaffung dieser im Zeitalter des Internets völlig überflüssigen Rechtspflicht diskutiert wird, konnte sich bislang noch keine Regierung zu einer Änderung durchringen.⁶⁴ Ein Glücksfall ist die Regelung bekanntlich auch für die Wiener Zeitung, die dem Vernehmen nach Einnahmen im zweistelligen Millionenbereich pro Jahr auf diesem Weg verzeichnet.⁶⁵ Im Ergebnis ist das eine Sonderbesteuerung der Unternehmen, die zwangsweise eine völlig nutzlos gewordene Dienstleistung in Anspruch nehmen müssen.

Im Zuge der Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/1151 wird eine Abschaffung der Veröffentlichungspflichten ohnehin zu diskutieren sein.⁶⁶ Darin ist der Grundsatz festgelegt, dass Mitteilungen gegenüber Behörden und Veröffentlichungspflichten jedenfalls auf ein (und nur ein) Veröffentlichungsmedium bzw eine Mitteilung zu beschränken sind.⁶⁷ Um eine

europarechtswidrige Umsetzung zu vermeiden, wird die aktuelle österreichische Praxis wohl überarbeitet werden müssen.

5. Satzungsfreiheit, Anteilsklassen und Gestaltungs-freiheit

Während bei der AG das zwingende Recht die Gestaltungsspielräume extrem einschränkt, ist die Lage bei der GmbH flexibler.⁶⁸ Dennoch kann gefragt werden, warum bei der privaten AG und der GmbH überhaupt zwingende Grenzen der Gestaltung der Anteilsklassen entgegenstehen sollten. Es ist nicht ersichtlich, warum zwingendes Recht derart weit gehen muss, dass vom Markt gewünschte Anteilsklassenbildung unzulässig bzw nur umständlich und indirekt abbildbar sein soll. Das beginnt bei der Teilbarkeit des Anteils (und damit einhergehenden Stimmabgaben eines Gesellschafters in unterschiedlichen Klassen) und geht über mehrheitliche Verfügungen über den Klassen zukommende Rechte bis hin zur privatautonomen Gestaltbarkeit unterschiedlicher Rechte und Pflichten in den jeweiligen Klassen.

Zu bedenken ist wie bei jeder zwingenden Regel, dass diese auch denen gegenüber den Gestaltungsspielraum beschränkt, um deren Schutz es vermeintlich geht. Konkret bedeutet das: Start-ups, bei denen die Gründer eine Mitarbeiterbeteiligung in Erwägung ziehen, wollen diese häufig international üblichen Vorbildern entsprechend gestalten können. Völlig stimmrechtslose Anteile sind in Österreich nicht möglich (§ 39 Abs 2 GmbHG). Ebenso können die meisten Minderheitenrechte nicht ausgeschlossen werden.⁶⁹ Nun mag das im Interesse des Minderheitenschutzes mit besten Intentionen eingeführt worden sein; nicht übersehen sollte man aber, dass dadurch Minderheiten an sich verhindert werden: Gründer zögern, Mitarbeiter überhaupt am Unternehmen zu beteiligen, womit im Ergebnis den Mitarbeitern eines erfolgreichen Start-ups nicht geholfen ist.

Geschäftsanteile sollten daher teilbar und somit sollte das Halten von Anteilen unterschiedlicher Klassen möglich sein, einschließlich stimmrechtsloser Anteilsklassen.⁷⁰ Der Parteiendisposition überlassen werden sollte die konkrete Ausgestaltung der Rechte und Pflichten, so auch der Mitbestimmungs-, Erlös-, Kontroll- und Informationsrechte. Ein öffentliches Interesse zur Begründung zwingenden Rechts in diesen Bereichen ist nicht erkennbar. Der Gesetzgeber kann nicht besser beurteilen, welche Gestaltungen Gesellschafter sinnvollerweise vorziehen (müssen). Die Vielfalt der praktisch vorkommenden Interessenkonstellationen erfordert

⁶³ Sofern das Gericht weiterhin die Satzung prüfen soll, müsste für entsprechende sprachliche Kompetenz vorgesorgt werden.

⁶⁴ Siehe <https://www.derstandard.at/story/2000124541181/wiener-zeitung-droht-aus-amtsblattschuss>; <https://www.diepresse.com/5943044/wiener-zeitung-einstellung-ware-medienpolitisches-armutszeugnis>.

⁶⁵ Siehe <https://www.derstandard.at/story/2000124436001/es-wird-ernst-fuer-die-wiener-zeitung-pflichtinserate-sollen-bald> (demnach machen die Einnahmen der Wiener Zeitung aus Pflichtveröffentlichungen rund 15 Mio € aus); <https://www.diepresse.com/5340672/wiener-zeitung-droht-das-aus> (danach entfallen auf amtliche Veröffentlichungen knapp 10 Mio €, auf Pflichteinschaltungen zirka 8 Mio €); <https://www.tt.com/artikel/18006029/fragezeichen-hinter-wiener-zeitung-und-deren-fortbestand> (hier wird mit Verweis auf den Chefredakteur der Wiener Zeitung *Walter Hämmerle* von 18 Mio € jährlich aus Pflichtveröffentlichungen gesprochen).

⁶⁶ Erwägungsgrund 28 der Richtlinie (EU) 2019/1151.

⁶⁷ Ähnlich die Rechtslage in Frankreich; siehe <https://www.service-public.fr/professionnels-entreprises/vosdroits/F31972>; Zugang zu den veröffentlichten Informationen unter <https://www.service-public.fr/professionnels-entreprises/vosdroits/R31457>.

⁶⁸ *KMU Forschung Austria/RPCK*, Analyse, 21 f; EMCA, Comments to sec 1.08.

⁶⁹ Vgl nur im GmbHG § 22 (volle Einsicht in die Bücher und Schriften), § 34 (Teilnahme an sowie Auskunftsrecht und Wortmeldung in der Generalversammlung), § 35 Abs 1 Z 7 (wesentliche Investitionen), § 37 (Einberufung der Generalversammlung), § 38 (Einladung zur Generalversammlung), § 39 (Stimmrecht), § 40 (Einsichtnahme in die Niederschrift über die Beschlüsse der Gesellschafter), § 41 (Beschlussanfechtungsrecht), § 48 (Gesellschafterklage), § 50 Abs 1 (Satzungsänderungen), § 52 (Bezugsrecht bei der Kapitalerhöhung), § 98, § 99 Abs 4 und 5 sowie § 100 Abs 1 und 2 (iZm Verschmelzungen).

⁷⁰ Das ist etwa bei der US-amerikanischen LLC zulässig; etwa für Delaware § 18-302(a) Delaware Limited Liability Company Act. Im kontinentaleuropäischen Rechtsraum gestattet dies seit der Reform von 2019 nun auch belgisches Recht bei der SRL bzw BV; siehe zu Klassen Art 5:48 Code des sociétés; zu Mindestrechten von stimmrechtslosen Geschäftsanteilen Art 5:47 Code des sociétés; dazu etwa *van der Elst*, 21st Century Company Law in Belgium, *European Company Law Journal* 2/2020, 25 (31). Auch das italienische Recht erlaubt mittlerweile Anteilsklassen in der SRL, wobei die Gestaltungsgrenzen aufgrund unklarer Legistik nicht völlig geklärt sind; siehe *Giudici/Agstner*, *Startups and Company Law: The Competitive Pressure of Delaware on Italy (and Europe?)*, *European Business Organization Law Review* 2019, 597 (617 und 620).

hier eine fundamentale Flexibilisierung, bei der die Betroffenen selbst gestalten. Bspw fordert auch der EMCA flexible Stimmrechte, losgelöst von Individualrechten.⁷¹ Jüngere Reformen auch traditionellerer Rechtsordnungen deuten in die Richtung von flexibleren Gestaltungen. Nimmt man neuerlich Bezug auf die französische Rechtslage, ergibt sich ein differenziertes Bild: Während in der SARL stimmrechtslose Aktien oder Aktien mit Mehrstimmrechten nicht zulässig sind,⁷² kann in der SAS eine davon abweichende Gestaltung vorgenommen werden und Stimmrechte können ganz unterschiedlich verteilt werden.⁷³

Die Erfahrungen aus den während der Corona-Zeit abgehaltenen General- und Hauptversammlungen zeigen, dass die Abhaltung online möglich ist und überwiegend gut funktioniert. Die Vor- und Nachteile einer reinen Online-Hauptversammlung sind mittlerweile bekannt.⁷⁴ Es ist nicht begründbar, warum bei einer solchen Frage der Gesetzgeber, wie es Jahrzehnte selbstverständlich war, entscheiden soll, welche der sich technisch ständig ändernden Lösungen zwingend verwendet werden soll. Die zuletzt kurzfristig etablierte Flexibilisierung⁷⁵ sollte ins Dauerrecht überführt werden.⁷⁶ Gründer bzw Gesellschafter oder Aktionäre sollten wählen können, welche Form der Versammlung und Beschlussfassung sie vorziehen.⁷⁷ Das gilt selbstverständlich auch für die Beschlussfassung der Organe, online oder im Umlaufweg.⁷⁸

Darüber hinaus sollte die seit Langem bestehende Forderung nach einer Zurückdrängung zwingenden Rechts im Kapitalgesellschaftsrecht umgesetzt werden.⁷⁹ Insb für die private AG könnte diese Gelegenheit genutzt werden, ebenso aber im Recht der GmbH. Zwingende Regeln sollten auf den Prüfstand gestellt werden, ob sie für die Erreichung eines sachlichen Ziels erforderlich sind.⁸⁰ Auf europäischer Ebene

und darüber hinaus international lassen sich für mehr Gestaltungsfreiheit als im österreichischen Recht zahlreiche Beispiele finden⁸¹ und seit Langem gibt es dazu eine breite literarische Diskussion.⁸²

6. Mindestkapital

In der internationalen Literatur wurde vor allem in den 2000er-Jahren über das Mindestkapital diskutiert und als Konzept für die GmbH gilt es weitgehend als überholt.⁸³ Entsprechende Befunde sind in der Literatur längst anerkannt und in vielen Rechtsordnungen wurden in der Folge Reformen auch bereits umgesetzt.⁸⁴

In ganz Europa war das Mindestkapital für die Gründung einer Kapitalgesellschaft Gegenstand von Reformen, seitdem der EuGH durch seine Entscheidung *Centros*⁸⁵ sowie Folgeentscheidungen⁸⁶ einen Wettbewerb der Rechtsordnungen in Gang gebracht hat.⁸⁷ Der plötzliche Siegeszug der englischen Limited hatte viele Rechtsordnungen überrascht⁸⁸ und war gewiss hinsichtlich vieler Aspekte problematisch.⁸⁹

⁸¹ Vgl etwa § 18-1101 Delaware Limited Liability Company Act: „... (b) It is the policy of this chapter to give the maximum effect to the principle of freedom of contract and to the enforceability of limited liability company agreements. (c) To the extent that, at law or in equity, a member or manager or other person has duties (including fiduciary duties) to a limited liability company or to another member or manager or to another person that is a party to or is otherwise bound by a limited liability company agreement, the member's or manager's or other person's duties may be expanded or restricted or eliminated by provisions in the limited liability company agreement; provided, that the limited liability company agreement may not eliminate the implied contractual covenant of good faith and fair dealing. ...“; siehe Gelter, RdW_digitalOnly 2021, 6.

⁸² Reyes/Vermeulen, Company law, Lawyers And „Legal“ Innovation: Common Law versus Civil Law, Banking and Finance Law Review 2013, 433; Dennis/Ramos, Creating an Enabling Environment for Micro-, Small- and Medium-Sized Enterprises: Simplified Incorporation and Registration, Arizona Journal of International and Comparative Law 2016, 71 (82 ff); McCahery/Vermeulen/Priydershini, A Primer on the Incorporation, European Business Organization Law Review 2013, 305 (313); „Clear and simple default rules are typically economically efficient for small businesses in which all owners are active participants.“; Gelter, Centros and Defensive Regulatory Competition: Some Thoughts and a Glimpse at the Data, European Business Organization Law Review 2019, 467 (469); „The general trend in business law has been toward more contractual freedom since the 1990s.“ Die Weltbank betrachtet komplexe Gründungsvorschriften einschließlich des Mindestkapitals als negative Faktoren, die Gründungen behindern können; siehe World Bank Group, Doing Business 2020; Dennis/Ramos, Arizona Journal of International and Comparative Law 2016, 79 ff.

⁸³ Siehe zB *Enriques/Macey*, Creditors Versus Capital Formation: The Case against the European Legal Capital Rules, Cornell Law Review 2001, 1165 (1185 ff); Mülberr/Birke, Legal Capital – Is There a Case against the European Legal Capital Rules? European Business Organization Law Review 2002, 695 (717 ff); *Armour*, Legal Capital: An Outdated Concept? European Business Organization Law Review 2006, 5 (17 ff); zur Position der Weltbank etwa *Dennis/Ramos*, Arizona Journal of International and Comparative Law 2016, 83: „Minimum capital requirements achieve none of their intended goals.“

⁸⁴ Im Überblick etwa *Bartolacelli*, Almost Capital-less Companies in Europe: Trends, Variations, Competition, European Company and Financial Law Review 2017, 187.

⁸⁵ EuGH 9.3.1999, Rs C-212/97, *Centros*.

⁸⁶ EuGH 5.11.2002, Rs C-208/00, *Überseering*; 30.9.2003, Rs C-167/01, *Inspire Art*.

⁸⁷ ZB *Tröger*, Choice of Jurisdiction in European Corporate Law – Perspectives of European Corporate Governance, European Business Organization Law Review 2005, 3; Gelter, The Structure of Regulatory Competition in European Corporate Law, Journal of Corporate Law Studies 2005, 247; *ders*, European Business Organization Law Review 2019, 472 f; *CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH/Herbst Kinsky Rechtsanwälte GmbH*, Gutachten vom 8.9.2020 im Auftrag des BMDW über ein Regelungskonzept zur Einführung einer zeitgemäßen, gründer- und investorenfreundlichen Gesellschaftsform in Österreich mit dem Arbeitstitel: „Austrian Limited“, 62, online abrufbar unter <https://www.bmdw.gv.at/Services/Publikationen.html>; siehe auch <https://www.trendingtopics.at/interview-austria-limited-rastegar-strasser>.

⁸⁸ Zu den unionsweiten Trends *Gerner-Beuerle/Mucciarelli/E. Schuster/Siems*, Why do businesses incorporate in other EU Member States? An empirical analysis of the role of conflict of laws rules, International Review of Law and Economics 2018, 14; zu einer experimentellen Studie zur Gründung einer Zweigniederlassung einer englischen Limited in verschiedenen Mitgliedstaaten (ua Österreich) siehe *Becht/Enriques/Korom*, Centros and the Cost of Branching, Journal of Corporate Law Studies 2009, 171; *Walter Doralt*, Managerpflichten in der englischen Limited (2011) Einl Rz 1 ff; *Gerner-Beuerle/Mucciarelli/E. Schuster/Siems*, The Illusion of Motion: Corporate (Im)Mobility and the Failed Promise of Centros, European Business Organization Law Review 2019, 425.

⁸⁹ Einerseits kam es zu zahlreichen praktischen Schwierigkeiten, weil das Gesellschaftsstatut erst noch mit anderen Rechtsmaterien (wie dem nationalen Insolvenz-, Schadenersatz- oder Strafrecht) vereinbart werden musste; dazu zB *Enriques/Gelter*, Regulatory Competition in European Company Law and Creditor Protection, European Business Organization Law Review 2006, 417; *Gerner-Beuerle/Mucciarelli/E. Schuster/Siems*, European Business Organization Law Review 2019, 425 ff.

⁷¹ Dazu zählen die vom EMCA als „multiple voting rights“ bezeichneten Möglichkeiten wie Stimmabgabe in mehreren Anteilklassen, Stimmgewichtung, Stimmrechtsausschluss, „priority voting“ iSd Möglichkeit Einzelner oder einer Klasse, Entscheidungen unter Ausschluss anderer herbeizuführen, „veto voting“ als Erfordernis der Zustimmung Einzelner oder einer Klasse, und sonstige privatautonome Varianten.

⁷² Art L223-28 al 4 Code de commerce.

⁷³ Das ergibt sich aus der Nichtanwendung der Art L225-222 bis L225-225 Code de commerce. Stimmrechtslose Anteile sind ähnlich den Vorzugsaktien zulässig, allerdings nur bis zur Grenze von 50 % des Kapitals in nicht börsennotierten Gesellschaften; vgl Art L228-1 Code de commerce. In Luxemburg werden für die SARL keine stimmrechtslosen Aktien zugelassen, wohl aber seit 2016 Aktien mit Mehrstimmrechten; vgl Art 710-15 Loi du 8 août 1915 sur les sociétés commerciales. Für die luxemburgische SAS gilt seit 2016 auch, dass Mehrstimmrechte nunmehr implizit zulässig sind (der Artikel, der das proportionale Stimmrecht regelt ist nicht anwendbar, ausgeschlossen durch Art 500-1 al 3 Loi du 8 août 1915 sur les sociétés commerciales). Stimmrechtslose Aktien sind als Vorzugsaktien (*actions de préférence*) nach Art 430-9 Loi du 8 août 1915 sur les sociétés commerciales zulässig (weil die Anwendung nicht in Art 500-1 al 3 Loi du 8 août 1915 sur les sociétés commerciales ausgeschlossen wurde). Die aus Frankreich stammende und vorangehend für diese Rechtsordnung erwähnte Grenze von 50 % des Kapitals für nicht börsennotierte Gesellschaften wurde in Luxemburg 2016 aufgegeben.

⁷⁴ *Nicolussi*, Anlass- und Krisengesetzgebung im Recht der Hauptversammlung, GesRZ 2020, 306; *Zollner/Simonishvili*, Gesellschaftsrecht in Zeiten von COVID-19, GES 2020, 175.

⁷⁵ Vgl § 1 Abs 2 COVID-19-GesG iVm §§ 2 ff COVID-19-GesV, wobei die Möglichkeit zur Abhaltung virtueller Generalversammlungen zuletzt bis 31.12.2021 verlängert wurde.

⁷⁶ Justizministerin *Alma Zadić* erklärte jüngst, dass die Verlängerung der Online-Option für Versammlungen über das Ende der Corona-Pandemie hinaus sehr wahrscheinlich ist; siehe <https://www.derstandard.at/story/2000122182953/virtuelle-gesellschafterversammlungen-sollen-zum-dauerrecht-werden>.

⁷⁷ Sinnvoll wäre es, als Grundsatz die aktuellen Regeln auch ohne Satzungsänderung zuzulassen, den Gesellschaftern aber die Möglichkeit einzuräumen, per Satzungsänderung die früheren Regelungen zu etablieren. Das erscheint schon deshalb geboten, weil die Dauer der aktuellen Pandemie nicht absehbar ist und ähnliche Krisen auch in der Zukunft eintreten können.

⁷⁸ Der EMCA zitiert zu Recht in diesem Kontext die Regelungen des Companies Act 2006, wo die schriftliche Beschlussfassung die Grundregel ist mit einem Umlauf von dispositiv 28 Tagen und der Möglichkeit einer relativ formlosen Zustimmung; siehe *Companies Act 2006*, S 297.

⁷⁹ Siehe dazu die Vorschläge im ÖJT-Gutachten von *Kalss/Schauer*, Reform, 35.

⁸⁰ So schon *Kalss/Schauer*, Reform, 35.

Die Debatte über das Mindestkapital war eine der Folgen.⁹⁰ Bemerkenswert ist, wie relativ spurlos das letztlich an Österreich abgeperlt ist, obwohl rechtsvergleichende Literatur und Veröffentlichungen (sogar auf Deutsch) verfügbar sind.⁹¹ Nur in § 10b GmbHG findet sich das Ergebnis eines (ziemlich misslungenen) Kompromisses.⁹²

Das Mindestkapital erscheint so einleuchtend und nützlich, dass man einfach daran glauben will. Fast könnte man formulieren (so, wie es seit mehr als einem Jahrhundert viele Lehrbücher getan haben):⁹³ Offensichtlich ist es im Interesse der Gläubiger, dass sie bessergestellt sind, wenn wenigstens das Mindestkapital im Fall der Fälle einmal in der Gesellschaft vorhanden war, verglichen mit einer Gründung ohne gesetzlich festgelegtes Mindestkapital. Außerdem wird in dem Kontext fast immer das Schlagwort „*Seriositätsschwelle*“ verwendet, allerdings meist ohne nähere Hinweise, was damit genau gemeint ist.⁹⁴ Implizit ist dabei aber stets, dass es anders, also ohne Mindestkapital, unseriös wäre und wiederum die Interessen der Gläubiger eine solche Schwelle rechtfertigten. Diese auf den ersten Blick sehr plausiblen Vermutungen, *hélas*, sie treffen so in vielen Fällen nicht zu:

Denn damit den Gläubigerinteressen tatsächlich gedient ist, wäre Voraussetzung, dass im Zeitpunkt einer Insolvenz noch etwas vom Mindestkapital übrig ist. Bekanntlich unterliegt das Mindestkapital aber keiner Sperre, sondern steht der Gesellschaft nach der Gründung sofort für ihr unternehmerisches Handeln zur freien Verfügung und ist zumeist unmittelbar nach der Gründung recht schnell wieder aufgebraucht.⁹⁵

Zweitens ist das Mindestkapital in der festgelegten Höhe nicht treffsicher (für manche Unternehmen wird es reichlich hoch sein, für andere völlig inadäquat niedrig).⁹⁶ Das hehre Ziel des Gläubigerschutzes wird mit einer *One-size-fits-all*-Mindestschwelle nur zufällig passend getroffen.

Soweit man einmal konkret auf die Gläubigerinteressen etwas näher eingehen will, um über das bloße Schlagwort hinauszugehen, ergibt sich Folgendes: Gläubigerinteressen sind kein abstrakter, von allen anderen Umständen isolierter Wert. Für die Gläubiger einer GmbH geht es um zwei Bereiche: die

Insolvenzanfälligkeit und – im Falle der Insolvenz – die Höhe der Quote, die die Gläubiger nach der Verwertung erhalten. Erfahrungen aus anderen Rechtsordnungen belegen, dass ein Mindestkapital keine signifikante Verbesserung für die Gläubiger bewirkt. Das ist überraschend, weil die Vermutung einer positiven Wirkung des Mindestkapitals für Gläubiger einfach sehr plausibel klingt.

Ein gutes Beispiel liefert Frankreich. Auch dort war lange Zeit die Tradition des Mindestkapitals etabliert. Dann aber wurden im Zuge einer Reform neben bisherigen Gesellschaftsformen auch solche ohne Mindestkapital (mit beschränkter Haftung) etabliert,⁹⁷ sodass beide im Wettbewerb standen.⁹⁸ Das ist deswegen aufschlussreich, weil die Tradition im hier interessierenden Punkt ähnlich der österreichischen ist und der Befund einen Vergleich beider Systeme in einer Rechtsordnung zulässt (andere, möglicherweise verzerrende Einflüsse beim Vergleich zweier Rechtsordnungen also hier nicht gegeben waren). Der empirische Befund war eindeutig: Die teilweise auch in der französischen Literatur vor der Reform befürchtete Welle an Insolvenzen kapitallos gegründeter Gesellschaften war nicht zu verzeichnen.⁹⁹ Die ursprünglichen Bedenken waren damit widerlegt.

Konkret war in Frankreich für die SARL 2003 das Erfordernis eines Mindestkapitals aufgegeben worden. Die Reform bedeutete für Frankreich einen Bruch mit einer langen Tradition.¹⁰⁰ Für die praktisch besonders erfolgreiche Rechtsform der SAS wurde 2008 das Mindestkapital mit 1 € festgelegt.¹⁰¹ Ohne Zweifel ist die SAS auch insgesamt die flexiblere Rechtsform, wobei der Aspekt des Mindestkapitals keinen Unterschied mehr bedeutet.

Aufschlussreich ist, dass sowohl für die SAS wie auch die SARL die Gründungen in den Jahren ab 2003 bis heute überwiegend (mehr als die Hälfte der Gründungen) ein Kapital von bis zu 10.000 € vorsehen; der Anteil an Gründungen ohne Kapital (unter 1.000 €) ist gering.¹⁰² Die Gründungen mit ge-

Außerdem kam es zu Abwehrreaktionen, insb in Deutschland, etwa von Experten des GmbH-Rechts; siehe Ringe, *European Company and Financial Law Review* 2013, 260: „*Acceptance and Reputation Problems*“. In Verbindung mit grenzüberschreitenden steuerlichen Unsicherheiten führten diese Fernsteuerungskosten jedenfalls zum gewünschten Rückgang des Limited-Imports. Bis zum Brexit blieb die Limited eine bewusste, da kostenintensive Wahl für investitionsgeeignete und international orientierte Unternehmen; vgl Ringe, *European Company and Financial Law Review* 2013, 261 („*Underestimation of Costs*“) und 266 („*Conclusion ... still a solid number of German entrepreneurs who prefer an English company over the (reformed) German equivalent. It is submitted that the great wave of amateurs is over and that this is now the hour of the experts – sophisticated entrepreneurs, who make a rational comparison between the two regimes, taking into account the true costs of running a foreign business, and who resist any emotional or social pressure to the contrary.*“).

⁹⁰ Siehe dazu etwa Lutter, *Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa* (2006).

⁹¹ Vgl bereits Oelkers, *Mindestkapital und Nennkapital – Leistungskraft für den Gläubigerschutz* (Teil I), *GesRZ* 2004, 360.

⁹² Treffend die Bezeichnung der Regelung als „*patschert*“ bei U. Torggler, *RdW* 2021, 1.

⁹³ Siehe zB Artmann/Rüffler, *Gesellschaftsrecht*, Rz 1103.

⁹⁴ Etwa Rüffler, *Gläubigerschutz durch Mindestkapital und Kapitalerhaltung in der GmbH – überholtes oder sinnvolles Konzept?* *GES* 2005, 140 (146), der eingesteht, dass es die Funktion der Kapitalaufbringung nur ist, „*die Seriosität der Gründung zu gewähren und einen gewissen Puffer für Anfangsverluste sicherzustellen*“; idS auch Krejci, *Gegen Billig-Gesellschaften m.b.H.*, *ÖZW* 2008, 39 (42).

⁹⁵ So etwa für die Kosten iZm der Gründung, also Notariatskosten, Firmenbucheintragungsgebühren, allfällige Veröffentlichung in der Wiener Zeitung etc.

⁹⁶ Vgl etwa G. H. Roth, *Gläubigerschutz bei der GmbH: Was ist unverzichtbar?* in FS Doralt (2004) 479 (482); Müllert, *A Synthetic View of Different Concepts of Creditor Protection*, or: *A High-Level Framework for Corporate Creditor Protection*, *European Business Organization Law Review* 2006, 357 (386).

⁹⁷ Vgl *Loi n°2003-721 du 1er août 2003 pour l'initiative économique*. Die Reform bezog sich auf Art L223-2 *Code de commerce*. Für die SARL wurde das Mindestkapital damit aufgegeben.

⁹⁸ Siehe dazu ausführlich aufgrund der damals aktuellen französischen Reformen etwa Urbain-Parléani, *Das Kapital der Aktiengesellschaft in Frankreich*, in Lutter, *Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa* (2006) 575 (577 ff), mit Verweis auf die damals neue SARL ohne Mindestkapital. Völlig überzeugend war damals die Reaktion des französischen Gesetzgebers, das Mindestkapital von 7.500 € ganz aufzugeben (auch den davor bereits eingeführten Kompromiss zur Aufbringung von nur 20 % bei der Gründung und die Aufbringung des Restes gestreckt über fünf Jahre zu gestatten, hatte der Gesetzgeber bei der Gelegenheit über Bord geworfen). Die Lage in Frankreich bis 2004 erinnert also sehr an die aktuelle Lage in Österreich bei der GmbH. Die Befürchtungen waren dieselben, die es hier zum Teil gibt: Insolvenzhäufigkeit, Nachteile für Gläubiger etc. Diese Befürchtungen sind nicht eingetreten. Nach zwei Jahren waren lediglich 0,35 % dieser neu gegründeten Gesellschaft in die Insolvenz geraten; vgl Urbain-Parléani, *Kapital der Aktiengesellschaft*, 580; siehe auch Gallois-Cochet/Caffin-Moi, *Key Trends in French Company Law Reforms over the Last Decade*, in Walter Doralt/Desthayes, *Reforming the Law of Obligations and Company Law* (2013) 91 (93); zur in der Folge entstandenen breiteren rechtsvergleichenden Diskussion über den Gläubigerschutz siehe Steffek, *Gläubigerschutz in der Kapitalgesellschaft* (2011); Bachner, *Creditor Protection in Private Companies* (2009).

⁹⁹ Siehe Urbain-Parléani, *Kapital der Aktiengesellschaft*, 580 (Insolvenzquote bei Gründungen ohne Kapital nach zwei Jahren: 0,35 %).

¹⁰⁰ Ursprünglich waren 25.000 Francs als Mindestkapital im Jahr 1925 vorgesehen (das entsprach einem Betrag in Höhe von zirka 40.000 €). Der Betrag wurde in Frankreich (bis zur Abschaffung) gelegentlich angepasst, um die Veränderung der Geldwerte abzubilden; vgl dazu auch die rechtsvergleichenden Hinweise von Conac, *Le capital dans le droit américain des sociétés*, in Couret/Le Nabasque, *Quel avenir pour le capital social* (2004) 153.

¹⁰¹ Siehe zu diesem Reformschritt näher Saintourens, *Les réformes du droit des sociétés par la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie*, *Revue des sociétés* 2008, 477.

¹⁰² Zahlen online abrufbar unter <https://statistiques.cngtc.fr>. Bspw wurden im Zeitraum von Jänner 2020 bis April 2021 bei insgesamt zirka 77.000 SARL-Gründungen

ringerem Kapital waren eine unmittelbare Folge der Reformen.¹⁰³ Die Reform, die sich ursprünglich ganz erheblichen Bedenken ausgesetzt sah, wird im Rückblick allgemein als großer Erfolg gewertet.¹⁰⁴

In Luxemburg ist für die SARL das Mindestkapital mit 12.000 € im europäischen Rechtsvergleich besonders konservativ und insoweit verwandt mit der österreichischen Rechtslage. Hingegen wurde in Luxemburg 2016 eine neue Rechtsform eingeführt, die sog SARL simplifiée, bei der es kein Mindestkapital gibt.¹⁰⁵ Für die Gründung dieser Gesellschaftsform ist keine Mitwirkung des Notariats erforderlich und die Gründung kann vollständig online erfolgen. Aufschlussreich für die aktuellen österreichischen Reformdiskussionen ist, dass auch in Luxemburg mit der neuen Rechtsform ohne Mindestkapital und Gründung ohne Notariat die dort ebenso lautstark geäußerten Befürchtungen bislang nicht in der Realität zu beobachten sind. Selbstverständlich achten Gläubiger aber besonders bei neu gegründeten Gesellschaften auf die Höhe des Kapitals oder sorgen bei Vorleistungen und Krediten für eine angemessene Besicherung. Bei Gründungen von Kleinunternehmern hat sich diese Rechtsform dem Vernehmen nach in der Praxis bewährt und gut etabliert (für kleinere Unternehmen passt die Flexibilität offensichtlich).¹⁰⁶

Fragen kann man, woran das Ergebnis liegt. Eine plausible Annahme ist, dass Gläubiger einer Gesellschaft in den ganz überwiegenden Fällen vertraglich in die Gläubigerrolle gelangen.¹⁰⁷ Typischerweise sind das außerdem professionelle Gläubiger, also entweder Kreditgeber (insb Banken) oder andere unternehmerische Handelsteilnehmer, die etwa durch Lieferung von Waren auf Rechnung in Vorleistung gehen. In derartigen Fällen ist es nicht überraschend, dass sich solche Teilnehmer selbst schützen und Vorsorge treffen. Eine Bank wird, wenn die Gesellschaft (Schuldnerin) nicht selbst über hinreichendes Kapital verfügt, Sicherheiten verlangen (oft dingliche Sicherheiten, soweit geeignete Wertgegenstände vorhanden sind oder Garantien und Bürgschaften Dritter [bspw der Gesellschafter]). Unternehmerische Handelspartner vereinbaren hingegen im Falle einer Vorleistung ebenfalls Sicherungskonzepte (bspw Eigentumsvorbehalte, Schulbeiträge, Kautionen, Sicherungszessionen, Anzahlungen oder Akkreditive). Fast jeder Handwerksbetrieb vereinbart für Waren auch gegenüber Konsumenten zur Sicherung einen

knapp über 9.000 Gesellschaften mit einem Kapital von unter 1.000 € gegründet, hingegen 52.000 mit einem Kapital von bis zu 10.000 €. Die Verhältnisse bei der SAS sind ähnlich.

¹⁰³ Nachweise und Zusammenfassungen online abrufbar unter <http://www.greffe-paris.net/fr/etudes-et-communication/barometre>.

¹⁰⁴ Siehe dazu näher *Conac, La société par actions simplifiée: une révolution démocratique*, in *Conac/Urbain-Parléani, La société par actions simplifiée (SAS)* (2016) 1; siehe im selben Band auch die zahlreichen weiteren Beiträge zu den einzelnen Aspekten der SAS sowie zu den rechtsvergleichenden Bewertungen (etwa aus England oder Deutschland).

¹⁰⁵ Vgl Art 720-1 bis 720-6 Loi du 8 août 1915 sur les sociétés commerciales. Inspiriert ist diese neue Form von der deutschen UG und sie war auch ähnlich der damaligen belgischen Rechtsform der SPRL-Starters, die allerdings 2019 mit der Grundsatzreform des belgischen Gesellschaftsrechts aufgegeben wurde.

¹⁰⁶ Anzumerken ist aber, dass diese Kleinunternehmen durch die COVID-19-Krise teilweise unter erheblichen Druck geraten sind und auch Banken besonders sorgfältig prüfen, wenn es um neue Kredite an diese Gesellschaften im gegenwärtigen Geschäftsumfeld geht.

¹⁰⁷ Ähnlich offenbar die Annahme des französischen Reformgesetzgebers (Rapport Sénat Nr 217): „Es ist keine Logik darin zu sehen, dass das Gesetz willkürlich festlegt, wie hoch das Kapital sein muss, um wirtschaftlich tätig zu werden. Es muss jedem Unternehmer selbst überlassen sein, es im Hinblick auf seine geschäftlichen Planungen festzulegen.“ (zitiert nach der Übersetzung von Mühlens-Scaramuzza/Steffek im Beitrag von Urbain-Parléani, Kapital der Aktiengesellschaft, 580).

Eigentumsvorbehalt. Die Höhe des Schutzbedürfnisses der Gläubiger richtet sich nach der Forderungshöhe und wird durch entsprechende Gestaltung passend – von den Parteien – vereinbart.

Die Gesellschafter werden daher selbst dafür sorgen, ein angemessenes Kapital aufzubringen, weil sie sonst kaum Zugang zu Fremdkapital finden werden. Oder aber Gläubiger lassen sich bewusst auf das Risiko ein (sie werden typischerweise bei der Verzinsung eine risikoadäquate Prämie einfordern), denn einem Zwang zur Kreditgewährung unterliegen vertragliche Gläubiger bekanntlich nicht.¹⁰⁸

Nachdem das Mindestkapital – wie dargelegt – idR Gläubiger nicht schützt, für manche Gründungen aber eine Hürde bedeutet, hat es keine Legitimation¹⁰⁹ und sollte folglich ganz aufgegeben werden.¹¹⁰ Die jetzige Hauptkonsequenz des Mindestkapitals ist, dass es eine „soziale Selektion auf niedrigem Niveau“ bewirkt,¹¹¹ also einen Ausschluss der Haftungsbeschränkung für Kleinunternehmen.

7. Beibehaltung des Kapitalsystems?

Zu prüfen ist, ob am Kapitalsystem¹¹² in seiner aktuellen Ausgestaltung festgehalten werden sollte.¹¹³ Dieses hat in Österreich über das Verbot der Einlagenrückgewähr eine im internationalen Vergleich wohl unerwartete Entwicklung genommen. Der Ausgangspunkt der Erhaltung von Kapital wurde teils durch den Erhalt des gesamten Vermögens ersetzt. International ist die österreichische Rechtslage ungewöhnlich. Geprüft werden sollte, ob funktionale Äquivalente hier einerseits besser den Interessen der Gläubiger, andererseits aber auch den Gesellschaften sonst Rechnung tragen, also in jenen Situationen, in denen Gläubigerinteressen gerade nicht bedroht sind.¹¹⁴

Andere Rechtsordnungen setzen für die Prävention einseitiger (offener und verdeckter) Mittelabflüsse an Gesellschafter, die zulasten von Minderheitsgesellschaftern und Gläubigern gehen, auf andere Mechanismen.¹¹⁵ Wenn etwa Vermögenswerte durch ein für die Gesellschaft ungünstiges

¹⁰⁸ Zu dieser Anpassungsfähigkeit von Gläubigern an geänderte Verhältnisse der Gesellschaft *Armour*, *European Business Organization Law Review* 2006, 11; *Gelter*, Funktionen des gesellschaftsrechtlichen Kapitalschutzes, in FS Ch. Nowotny (2015) 315 (321 f).

¹⁰⁹ Nur für rein deliktische Gläubiger im zeitlichen Nahbereich zur Gründung kann ein Mindestkapital halbwegs plausibel argumentiert werden. Für diese wäre allerdings eine Haftpflichtversicherung der Gesellschaft genauso gut oder – je nach Höhe – besser.

¹¹⁰ AA U. Torgler, RdW 2021, 1; Riffler, GES 2020, 349.

¹¹¹ *Gelter*, Kapitalschutz, 326.

¹¹² Siehe *Rickford*, Reforming Capital: Report of the Interdisciplinary Group on Capital Maintenance, *European Business Law Review* 2004, 919; *Manning/Hanks*, *Legal Capital*⁴ (2013).

¹¹³ Eine gute Zusammenfassung bieten die Erwägungen der EMCA-Gruppe zu Chapter 7 („*Capital of Companies*“), EMCA, S 129 f.

¹¹⁴ Vgl *Fleischer*, Disguised Distributions and Capital Maintenance in European Company Law, in *Lutter*, *Legal Capital in Europe* (2006) 94 (105); *Enriques/Hertig/Kanda/Pargendler*, Related-Party Transactions, in *Kraakman/Armour/Davies/Enriques/Hansmann/Hertig/Hopt/Kanda/Pargendler/Ringe/Rock*, *The Anatomy of Corporate Law*³ (2017) 145 (153): „In some European countries, minority shareholders are also protected by creditor-oriented provisions on concealed distributions.“

¹¹⁵ Siehe § 6.40 American Model Business Corporations Act; zum Recht der US-amerikanischen LLC siehe etwa § 18-607(a) Delaware Limited Liability Company Act, wo ebenfalls lediglich Solvenz und fehlende Überschuldung verlangt werden; siehe darüber hinaus die Reform 2019 in Belgien, das seit Kurzem weder ein Kapitalsystem noch ein Mindestkapital für die SRL bzw BV mehr vorsieht. Stattdessen verlangt es bei der Gründung die Aufstellung eines Finanzplans; vgl Art 5:4 Code des Sociétés et des Associations / Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen, *Moniteur Belge* vom 4.4.2019, S 33239, online abrufbar unter <http://www.ejustice.just.fgov.be/eli/loi/2019/03/23/2019040586/moniteur>; dazu etwa *van der Elst*, *The New Belgian Companies Code: A Primer* (2020) 8 (betreffend den Finanzplan) sowie 14 (betreffend die Satzungsfreiheit bei mit verschiedenen Anteilsklassen verbundenen Gewinnbezugs- und Stimmrechten), online abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=3586278>. So entspricht der gegenwärtige europäische Trend jenem der USA vor Jahrzehnten; siehe auch die Erwägungen der EMCA-Gruppe zu Chapter 7 („*Capital of Companies*“), EMCA, S 130.

Geschäft an den Mehrheitsgesellschafter verschoben werden, wird dies vielfach eine Verletzung der Treuepflichten des Mehrheitsgesellschafters¹¹⁶ und der verantwortlichen Organmitglieder darstellen.¹¹⁷ Gesellschafterschutz führt somit dazu, dass Gläubiger mitgeschützt werden, sofern Treuepflichten auch durchgesetzt werden können, und zwar auch außerhalb der Insolvenz der Gesellschaft¹¹⁸ (freilich ohne die vielfach kritisierte Folge der Nichtigkeit einer verdeckten Einlagenrückgewähr). Wesentlich dafür ist freilich, dass Minderheitsklagen möglich sind und weder durch Prozenzhürden verhindert noch potenzielle Kläger durch eine ungünstige Verteilung des Kostenrisikos abgeschreckt werden.¹¹⁹

Auf europäischer Ebene wird seit Langem der *Solvency-Test* als eine mögliche Alternative zu den bestehenden Prinzipien der Kapitalerhaltung vorgeschlagen.¹²⁰

Auch dort, wo es keine Minderheitsgesellschafter gibt oder die Gesellschaft insolvent ist, bleiben neben der Kapitalerhaltung andere Möglichkeiten zur Verwirklichung des Gläubigerschutzes. In den USA kann etwa nach dem U.S. Bankruptcy Code eine Transaktion angefochten werden, die zwei Jahre vor dem Insolvenzantrag stattgefunden hat, sofern sie mit keiner angemessenen Gegenleistung verbunden ist und die Gesellschaft insolvent war oder durch die Transaktion insolvent wurde.¹²¹ Ein Nachweis der Absicht einer Gläubigerschädigung oder der Kenntnis der Insolvenzgefahr seitens des Empfängers ist nicht erforderlich. Parallelbestimmungen gibt es im Recht der Gläubigeranfechtung (*fraudulent conveyances*). Die Rspr hat darunter auch Dividendenausschüttungen und Verschmelzungen im Rahmen eines *leveraged buyout* subsumiert.¹²² IdS wären etwa die Ausweitung der Tatbestände

der §§ 28 ff IO und der §§ 2 AnfO und ihrer Anfechtungsfristen zu prüfen.

Insoweit am Kapitalsystem festgehalten wird, sollte bedingtes Kapital zur Wandlung gängiger konvertibler Instrumente (wie Wandelschuldverschreibungen und SAFEs)¹²³ zugelassen werden. Erleichterungen zukünftiger Kapitalerhöhungen im Voraus durch genehmigtes Kapital könnten dieses System ergänzen. Beim bedingten und/oder genehmigten Kapital ist die Verbindung eigener Anteile¹²⁴ zu bedenken.

8. Gesetzliche Regelung der Minderheitenklage und Sonderprüfung

In Österreich fehlt ein stimmiges Gesamtsystem für einen zentralen Baustein des Minderheiten- und Gläubigerschutzes, nämlich Regelungen zu Klagemöglichkeiten der Minderheiten. Das ist verblüffend, weil gerade Minderheiten- und Gläubigerschutz pauschal stets als Begründungen gegen Reformvorschläge in der aktuellen Diskussion eingesetzt werden und man demnach vermuten müsste, dass gerade diesen Interessen bisher tatsächlich Rechnung getragen wird.

Konkret sollte eine umfassende gesetzliche Regelung der Minderheitenklage erstellt werden,¹²⁵ wenn man tatsächlich Minderheitenschutz will. Das gilt für die AG wie die GmbH. Für diese kann erwogen werden, vorgesehene Hürden zu reduzieren. Um Missbrauch zu vermeiden, hat sich international der Trend eines gerichtlichen Zulassungsverfahrens oft erfolgreich etabliert.¹²⁶ Abzustimmen wäre das außerdem auf das Recht der Sonderprüfung, mit der die Durchsetzung von Minderheitenansprüchen praktisch eng verbunden ist.

III. Austrian Limited: Kapital- oder Personengesellschaft?

Im Rahmen der gegenwärtigen Reformarbeiten wird erwogen, statt (oder neben) einer neuen Kapitalgesellschaftsform die sog Austrian Limited Liability Company oder die Austrian Limited Liability Partnership als eine Art Hybrid zwischen Personen- und Kapitalgesellschaft einzuführen. Ursprung dieser Überlegungen dürfte vor allem sein, dass man das gewachsene, tradierte Kapitalgesellschaftsrecht nicht in einen Wettbewerb stellen will.

In der Tat ist es vorstellbar, dass bei einer besonders flexiblen neuen Rechtsform neben der GmbH vor allem diese an Attraktivität verlieren könnte. Es ist allerdings merkwürdig, wenn aus staatlicher Sicht darin ein Grund gegen eine neue Rechtsform gesehen wird. Das Ziel müsste doch sein, einen

¹¹⁶ Vgl etwa Aicher/Kraus in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG, § 61 Rz 29 und 36, wonach die Treuepflicht ua zur Unterlassung gesellschaftsschädigender Handlungen verpflichtet; RIS-Justiz RS0061582.

¹¹⁷ Vgl etwa Reich-Rohrwig in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG, § 25 Rz 63 ff, wo freilich Beispiele eigennützigem Verhalten zum Vorteil des Geschäftsführers selbst genannt werden, aber sich auch die allgemeine Pflicht des Geschäftsführers ergibt, die Geschäfte interessenwährend für das Unternehmen der GmbH zu führen und bemüht zu sein, Schaden von der Gesellschaft abzuwenden.

¹¹⁸ Dazu (freilich vor allem in Bezug auf AGs) Conac/Enriques/Gelter, Constraining Dominant Shareholders' Self-Dealing: The Legal Framework in France, Germany, and Italy, *European Company and Financial Law Review* 2007, 491 (502 f); Gelter, Kapitalschutz, 332.

¹¹⁹ Siehe Pkt II.8. Gemeint sind sowohl Klagen zur Durchsetzung von Haftungsansprüchen als auch solche zur Anfechtung von Gesellschafterbeschlüssen (sofern ein solcher für eine Transaktion erforderlich ist) sowie Unterlassungsklagen.

¹²⁰ Bereits 2003 veröffentlichte die Europäische Kommission ihren Aktionsplan „Modernisierung des Gesellschaftsrechts und Verbesserung der Corporate Governance in der Europäischen Union“ (KOM [2003] 284 endg, online abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2003:0284:FIN:DE:PDF>), in dem sie eine Durchführbarkeitsstudie zu Alternativen zum Kapitalerhaltungssystem basierend auf dem *Balance-sheet-Test* hin zu einem Solvenztest vorschlug. In jüngerer Vergangenheit sah etwa der Vorschlag zur Harmonisierung der Ein-Personen-Gesellschaft (KOM [2014] 212 endg, online abrufbar unter https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:100dbdec-c08b-11e3-86f9-01aa75ed71a1.0001.01/DOC_1&format=PDF) in Sachen Gläubigerschutz statt des Haftkapitalsystems einen Bilanzausweis und einen Solvenztest vor. Der Vorschlag für eine Verordnung über das Statut der Europäischen Privatgesellschaft (KOM [2008] 396 endg, online abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0396:FIN:DE:PDF>) sah unverbindlich die Möglichkeit vor, dass den Anteilseignern die Festschreibung eines Solvenztestes in der Satzung gestattet ist, und zwar zusätzlich zu dem von der Verordnung geforderten Bilanztest; vgl Armingier, *Solvency-Tests – An Alternative to the Rules for Capital-Maintenance Within The Balance Sheet in The European Union*, *ACRN Journal of Finance and Risk Perspectives* 2013, 1; Braga Da Cruz, *The case to reform the EU capital maintenance rules: where do we stand now?* *Revista de Direito das Sociedades* 2012, 899.

¹²¹ Siehe etwa § 548(a)(1)(B) U.S. Bankruptcy Code: „(1) *The trustee may avoid any transfer ... that was made or incurred on or within 2 years before the date of the filing of the petition, if the debtor voluntarily or involuntarily ... (B) (i) received less than a reasonably equivalent value in exchange for such transfer or obligation; and (ii) (1) was insolvent on the date that such transfer was made or such obligation was incurred, or became insolvent as a result of such transfer or obligation ...*“

¹²² Nachweise bei Gelter, Kapitalschutz, 333 ff und 337 f; vgl auch Kahan, *Legal Capital Rules and the Structure of Corporate Law: Some Observations on the Differences Between European and U.S. Approaches*, in *Hopt/Wymeersch, Capital Markets and Company Law* (2003) 145 (147 f); Gelter, *RdW_digitalOnly* 2021, 6.

¹²³ K. Rastegar, *Konvertierung von Wandelkrediten, CFO aktuell* 2016, 227; siehe auch <https://www.rpck.com/de/alternative-beteiligungsmodelle-in-der-fruhphase>; EMCA, *Comments to sec 6.09*.

¹²⁴ EMCA, Chapter 7, Part 4 f.

¹²⁵ R. Rastegar, *Die Gesellschafterklage in der GmbH (2020)*; CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH/Herbst Kinsky Rechtsanwälte GmbH, *Gutachten*, 109 f; zu abgeleiteten Gesellschafterklagen, freilich mit Schwerpunkt auf börsennotierte Gesellschaften, siehe auch Gelter, *Why do Shareholder Derivative Suits Remain Rare in Continental Europe?* *Brooklyn Journal of International Law* 2012, 843; OECD, *Private Enforcement of Shareholder Rights* (2020) 23, online abrufbar unter <https://www.oecd.org/corporate/ca/Shareholder-Rights-Brazil.pdf>.

¹²⁶ Siehe etwa den Überblick in OECD, *Private Enforcement*, 35 ff, wo Vorverfahren in den USA, im Vereinigten Königreich, in Deutschland, Singapur und Israel verglichen werden.

möglichst effizienten gesetzlichen Rahmen zu etablieren, und wenn dies im Rahmen der GmbH nicht gelingt, eben in anderer Form. Damit ist selbstverständlich noch nicht entschieden, wie die Interessen von Gläubigern oder Minderheiten berücksichtigt werden sollten. Diese könnten da wie dort angemessen bedient werden.

Verständlich wirkt, dass manchmal Skepsis aufkommt, wenn das Regierungsprogramm eine neue Gesellschaftsform besonders für Start-up-Unternehmen etablieren möchte. In der Tat kann man bspw ebenso gut an Familienunternehmen oder an andere KMU denken, die seit Langem als GmbH etabliert sind. Das Anliegen, ganz besonders Start-ups durch eine Reform des Kapitalgesellschaftsrechts zu fördern, war auch der Anlass für die weitreichenden französischen Reformen im Jahr 1999, mit denen die SAS liberalisiert wurde. Diese oder ähnliche Anliegen treffen in der Politik gelegentlich auf offene Ohren, teils zu Recht: Denn immer wieder wird beklagt, dass in Europa zu wenige wirklich dynamische und schnell wachsende Start-ups gegründet würden. Geht es im logischen nächsten Schritt um die Reform etwa des Kapitalgesellschaftsrechts, sind allerdings in vielen den Autoren bekannten Rechtsordnungen die Konfliktlagen vorprogrammiert. Sie bewegen sich zwischen einem *bias* für den Status quo von manchen und den Meinungen anderer, die für mutigere, vielleicht manchmal radikal wirkende Reformen eintreten; Sonderinteressen (wie etwa des Notariats) machen die Lage nicht einfacher.

All das spricht aber nicht gegen eine zusätzliche Gesellschaftsform: Entweder gelingt in Österreich tatsächlich nunmehr eine radikale Reform des Rechts der GmbH. Im Detail dürfte diese aber legistisch mit erheblichen Mühen und schwierigen Kompromissen verbunden sein.

Oder man etabliert eben doch eine neue zusätzliche Rechtsform neben der tradierten GmbH.¹²⁷ Selbstverständlich müsste dann die Umwandlung in beide Richtungen offenstehen. Ein solches Szenario wird in der Literatur häufig diskutiert und hat *per se* nichts Nachteiliges. Im Gegenteil: Ein Gesetzgeber kann so verschiedene Modelle für unterschiedliche Bedürfnisse der Rechtsunterworfenen etablieren.¹²⁸ Dass dadurch, falls sie denn unattraktiver als eine neue Form wäre, die Rechtsform der GmbH an Bedeutung verlieren könnte, ist aus staatlicher Sicht neutral. Einer sinnvollen Reformgesetzgebung sollten derartige Befürchtungen nicht im Wege stehen.

¹²⁷ Die Literatur spricht hier vom „regulatorischen Dualismus“. Damit ist eine rechtspolitische Strategie zweier Alternativen gemeint, die zwei Ziele erfüllt: Einerseits wird der politische Widerstand von Interessengruppen reduziert, die vom althergebrachten Recht profitieren, indem dieses nicht gänzlich aufgegeben wird. Andererseits wird eine moderne, gesamtgesellschaftlich vorteilhafte Alternative zur Verfügung gestellt, in die neue Unternehmen optieren können, ohne dass etwa bereits etablierte Unternehmen gegenüber dem bisherigen Stand damit belastet würden; siehe insb *Gilson/Hansmann/Pargendler*, Regulatory Dualism as a Development Strategy: Corporate Reform in Brazil, the United States, and the European Union, *Stanford Law Review* 2011, 475, wo die Einführung eines Kapitalmarktsegments mit stärkerem Investorenschutz als Hauptbeispiel dient.

¹²⁸ *Listokin*, What Do Corporate Default Rules and Menus Do? An Empirical Examination, *Journal of Empirical Legal Studies* 2009, 279.

Webinar

Linde

Die neue Exekutionsordnung (GREx)

Erleichterte Beantragung von Exekutionen & Verfahrensvereinfachung
iZm Insolvenzverfahren

- Reformziele – Übersicht über die neuen Aspekte zur Effizienzsteigerung
- Anforderungen an den Exekutionsantrag
- Bestellung eines Verwalters
- Beantragung des „kleinen“ und erweiterten Exekutionspakets
- Neuregelungen bei der Fahrnis- und Forderungsexekution
- Erleichterungen bei der Exekution auf sonstige Vermögensrechte
- Exekutionssperre bei offenkundiger Zahlungsunfähigkeit
- Einstweilige Verfügung zum Schutz vor Gewalt und Stalking
- Änderungen in Nebengesetzen: Anfechtung, Vollzugsgebühren



Hon.-Prof. Dr. Johann Höllwerth
Senatspräsident des Obersten Gerichtshofs



Priv.-Doz. Dr. Birgit Schneider
SUP Schulyok Unger & Partner



14.9.2021



9:00–12:00



Webinar



lindecampus.at