



An das
Bundesministerium für Justiz
Museumstraße 7
1070 Wien
Per E-Mail (team.z@bmj.gv.at) sowie
über die Website des Parlaments

Graz, 7. Juli 2023

**Begutachtung Gesellschaftsrechts-Änderungsgesetz 2023 – GesRÄG 2023,
GZ: 2023-0.340.690**

Sehr geehrter Herr Dr. Potyka,
sehr geehrte Damen und Herren!

Zum Entwurf des Gesellschaftsrechts-Änderungsgesetzes 2023 – GesRÄG 2023 erlaube ich mir
wie folgt Stellung zu nehmen.

I. Allgemeines

1. Der ursprünglich wesentlich ambitioniertere Reformprozess hat sich verzögert und bringt in der vorliegenden Form relativ behutsame Veränderungen. Diese könnten zwar weiter gehen, sie sind insgesamt positiv und sehr zu begrüßen.
 - a. Weitere Reformen des Unternehmensrechts bleiben allerdings erforderlich. Abgesehen von europäisch bedingten Fortentwicklungen besteht ein Reformstau; unsere rechtlichen Rahmenbedingungen sind gegenüber

anderen Rechtsordnungen in den vergangenen 20 Jahren zurückgefallen (beispielsweise kann auf die MOMIG-Reform in Deutschland oder die grundlegende belgische Gesamtreform des Gesellschaftsrechts verwiesen werden, ebenso wie auf die bereits deutlich früheren Reformen in Frankreich). Untersuchungen angesehener Einrichtungen, z.B. der Weltbank, belegen den für Österreich nicht optimalen Befund.

- b. In der Literatur finden sich bereits zahlreiche Vorschläge für Reformen. Neben dem Reformbedarf im Recht der GmbH sollte man auch die AG berücksichtigen. Ein besonderes Augenmerk könnte der Überprüfung unserer im Rechtsvergleich sehr zahlreichen zwingenden Bestimmungen im Aktien-, sowie – in geringerem Ausmaß – im GmbH-Recht gelten. Ob der Gesetzgeber bzw. die Entwurfsverfasser*innen tatsächlich überall dort, wo zwingendes Recht bisher besteht, besser als die unmittelbar betroffenen Parteien entscheiden können, welcher rechtliche Rahmen für ein Unternehmen gesellschaftsrechtlich angemessen ist, muss im Einzelfall stets erneut überprüft werden.
2. Die **Flexibilisierung** des Unternehmensrechts, soweit sie im Entwurf des FlexKapGG gewagt wird, sollte **nicht (nur) vor dem Hintergrund sog. Start-Ups** gesehen werden.
- a. Es gibt keine allgemein gültige oder anerkannte Definition von Start-Ups. Eine Abgrenzung ist auch kaum sinnvoll oder trennscharf möglich.
 - b. **Jede Neugründung** für unternehmerische Tätigkeiten ist im Grundsatz zu begrüßen.
 - c. **Flexibilität und Kostenreduktion** sollten für jede Neugründung Ziele sein, ohne dabei Rechtssicherheit und Allgemeininteressen sowie die Interessen des Geschäftsverkehrs aus dem Blick zu verlieren. Unter Berücksichtigung dieser Punkte ist es – rechtspolitisch – geboten, **Gründungen so einfach und kostengünstig** wie möglich zu gestalten.

II. Mindestkapital

1. Sinnvoll ist die Reduktion des Mindestkapitals (Änderung des GmbHG, § 9a Abs 2) auf € 10.000.
2. Ein sachlicher Grund, dieses nicht auf € 1 zu reduzieren, ist nicht erkennbar. Immerhin wird die Hürde für Kleinstunternehmer, sich der Rechtsform der GmbH zu bedienen, reduziert.
3. Erfahrungen in anderen Rechtsordnungen zeigen, dass die Befürchtungen größerer Nachteile durch eine Reduktion des Mindestkapitals nicht begründet sind und sonst denkbare Nachteile durch andere Maßnahmen verhindert werden können. Ein geringeres Mindestkapital kann hingegen zu einer höheren Dynamik bei Gründungen führen.
4. Der rechtspolitisch hier gefundene Kompromiss ist eine **deutliche Verbesserung** zur bisherigen Rechtslage, bleibt aber hinter den Möglichkeiten zurück und verschenkt somit Potenzial.

III. Schriftliche Abstimmung (§ 7 FlexKapGG)

Die Regelung ist sinnvoll und zu begrüßen.

IV. Stimmrechtsausübung (§ 8 FlexKapGG)

Die Möglichkeit der uneinheitlichen Stimmrechtsausübung ist sinnvoll und zu begrüßen.

V. Formpflichten

1. Die Ansätze zu Formpflichten im vorliegenden Entwurf werden deutlich durch die Handschrift der Interessenvertreter des Notariats gekennzeichnet.
2. Das außerordentlich erfolgreiche Lobbying des Berufsstandes ist eine exzellente Leistung der Vertretung von Sonderinteressen der Berufsträger*innen.

- a. Ob diese **Sonderinteressen** überall mit den Allgemeininteressen vereinbar sind, kann in Frage gestellt werden.
- b. Formgebote sollen zur Wahrung von **Allgemeininteressen** (Rechtssicherheit z.B. durch Vermeidung von Fehlerquellen) vorgesehen werden, sowie zum **Schutz** der betroffenen Parteien.
 - i. Wo solche Erfordernisse eingeführt oder aufrechterhalten werden, ist immer zu bedenken, dass diese für alle Unterworfenen mit **Zeitaufwand** und **Kosten** für die Betroffenen verbunden sind.
 - ii. Die **Qualität** der Leistungen muss daher zumindest ein Ausmaß erfüllen, das die erhofften Effekte in der Regel erreichbar erscheinen lässt. Wo das Notariat auf die Qualitätssicherung durch die Beurkundungspflicht verweist, muss es diese Qualität auch selbst, allenfalls mit geringen Fehlerquoten, gewährleisten.
 - iii. **Hohe Fehlerquoten** stellen die **Legitimation** der Beurkundung rechtspolitisch auf ein unsicheres Fundament.
 - iv. Empirisch belegt, wenn auch bislang auf Grundlage eines nur kleinen Samples, sind überraschend **hohe Fehlerquoten - die über ein noch vertretbares Maß hinausgehen**.
 - v. Unsicher ist, ob diese Daten verallgemeinerungsfähig sind, oder ob nur in Graz die Notariate ganz besonders fehleranfällig gearbeitet haben. Das soll nunmehr eine von der Notariatskammer in Auftrag gegebene Studie für Österreich insgesamt in Zukunft erhellen. Bedauerlich, dass diese nicht früher erstellt wurde. Wenn auch bei Auftragsstudien – selbst unentgeltlichen – zwar nicht immer eine Abgrenzung der Autor*innen von den Interessen der Auftraggeber gelingt, so dürfte dies im konkreten Kontext doch zu erwarten sein: Das wissenschaftliche Format der beauftragten Kollegen lässt auf eine sorgfältige Studie hoffen. Die Ergebnisse dürften also für den weiteren Diskurs interessant sein.

- vi. Die Notariatsaktspflicht in Kombination mit der materiellen Prüfpflicht des Firmenbuchgerichts ist rechtsvergleichend betrachtet ungewöhnlich und mit Kosten sowie Verzögerungen verbunden.
- Bisher empirisch belegte Mängel bei Eingaben zum Firmenbuchgericht waren häufig (- entgegen verbreiteter Annahmen und auch entgegen der Vermutungen, die der Autor vor der Erhebung empirischer Daten selbst hatte). Verbesserungsaufträge und Verzögerungen sind die Folge.
 - Die **Fehlerhäufung rechtfertigt** derzeit eindeutig die **materielle Prüfpflicht des Firmenbuchgerichts** nach bzw. neben der Beurkundungspflicht beim Gründungsvorgang.
- vii. Trotz eines qualitativen Verbesserungspotentials bei der Fehlervermeidung durch die Mitwirkung der Notariate ist nicht zu übersehen, dass das Erfordernis eines Notariatsakts rechtspolitisch für Gründungen **gerechtfertigt werden kann**: Es ist eine Wertungsfrage in der sich spiegelt, welchen Rang man der Fehlervermeidung (und zu welchen Kosten) einräumen will.
- Ohne Mitwirkung der Notariate im Rahmen der Gründung kann eine noch größere Häufung von Fehlern der Eingaben drohen – es ist nicht zu bestreiten, dass die Kontrolle durch Notar*innen bereits derzeit in vielen Fällen helfen kann, Fehler zu reduzieren.
 - Das mag für die Mitwirkung der Notar*innen bei der **Gründung** in Form der Notariatsaktspflicht sprechen (oder möglicherweise ebenso für die Öffnung auch dieser Aufgabe für den Berufsstand der Rechtsanwaltschaft).
 - Die Entscheidung für besondere Formpflichten ist eine Frage der Abwägung zwischen den Kosten für alle

Gründungen oder aber den Kosten primär nur für Gründungen mit mangelhaften Eingaben bei Gericht; darüber hinaus ist - je nach Lösungsansatz - an die potentiell erheblich gesteigerte Belastung der Gerichte zu denken, wenn der Gründungsprozess bei der Formpflicht vereinfacht wird.

- viii. Weitergedacht werden sollte jedenfalls zur Frage, ob schnellere und vereinfachte Wege für bestimmte Formen der Eintragung ermöglicht werden und, ob, **allenfalls von den Firmenbuchgerichten entwickelte, Muster** für die Praxis als Schlüssel zu einer reibungslosen und unverzüglichen Eintragung etabliert werden können (solche Muster müssten in regelmäßigen Abständen aktualisiert werden und könnten möglicherweise zahlreiche Abläufe mit einem fachkundig erstellten Standardmuster entlasten).
 - ix. Ebenfalls neu erwägen sollte man, ob etwa eine zentrale Zuständigkeit die Divergenzen in der Praxis zu Fragen des **Firmenrechts** noch weiter entschärfen könnte; zusätzlich könnte geprüft werden, ob rechtlich eine weitere Liberalisierung des Firmenrechts diese Quelle von Verzögerungen reduzieren kann.
- c. Überraschend ist der neue Ansatz in **§ 12 FlexKapGG**.
- i. Die Öffnung der **Beurkundung** in der vorgesehenen Weise für Rechtsanwält*innen wird **in der Praxis sicher begrüßt** werden. Die **Vereinfachung** aus Sicht der Praxis ist offensichtlich.
 - ii. Ob damit ein Schritt für eine allgemeine Anpassung dieser Regeln auch in anderen Bereichen gesetzt wird, bleibt abzuwarten.
 - iii. Besser und sachlich angebracht wäre für die **Anteilsübertragung** die reine, einfache **Schriftform**.

- Strenge Formgebote bei der Anteilsübertragung in der GmbH sind kaum sinnvoll zu begründen, wenn man an den Kontrast zur AG denkt – die Widersprüchlichkeit ist schwer von der Hand zu weisen.
 - Die sog. Immobilisierungsfunktion für die GmbH lässt sich jedenfalls im Kontrast zu den anderen Gesellschaftsformen und den dort nicht bestehenden Formpflichten nur mit viel kreativem Denken, dennoch aber kaum überzeugend, begründen.
 - Auch in Relation zur Rechtslage im Kontext von Personengesellschaften, wo eine unbegrenzte Haftung mit der Gesellschafterstellung droht, war die bisherige Regelung im GmbH-Recht rechtspolitisch schwer vertretbar.
- iv. Die Regelung in § 12 Abs 4 FlexKapGG ist sinnvoll; sie erfasst Fälle der Eigeninteressen der Urkundenverfasser*innen, wenn diese selbst auch beteiligt sind (und ebenso, wenn diese im Rahmen einer Vollmacht für Dritte agieren). Hingegen bleibt das reine Verfassen der Urkunde – selbstverständlich – dem Telos entsprechend unberührt und verhindert daher auch nicht, dass die Belehrung durch die Urkundenverfasser*innen erfolgt. Das ist zu begrüßen.

VI. Stimmrechtslose Beteiligungen

1. Sinnvoll ist im Grundsatz auch die Flexibilisierung bei der Zulassung **stimmrechtsloser Beteiligungen für Mitarbeiter*innen** (§ 9 FlexKapGG).
 - a. Nicht vollständig erforderlich scheint die Komplexität der Regelungen.
 - b. Besteht rechtspolitisch die grundsätzliche Bereitschaft, solche Beteiligungen nunmehr zuzulassen, stellt sich zuerst die Frage, warum ein neuer, sperriger Begriff („Unternehmenswert-Anteile“) nötig ist.

- c. Ist es tatsächlich erforderlich, zwingend in § 9 Abs 1 FlexKapGG 25% als Grenze für solche Anteile zu etablieren?
- d. Sind die teils zwingenden Regelungen (§ 9 Abs 2 und 3 FlexKapGG) für die Stammeinlage, Gewinnbeteiligung und für das Verhältnis zu den Gründungsgesellschafter*innen (Abs 3: zwingende Gleichbehandlung) erforderlich? Ist der Gesetzgeber in der Lage, besser als alle Beteiligten zu beurteilen, welche Höhe der Gewinnverteilung im Verhältnis beteiligte Mitarbeiter*innen/Gründer*innen angemessen ist?
- e. Ob die Begrenzung in § 15 Abs 4 FlexKapGG (eigene Anteile) mit 1/3 des Stammkapitals erforderlich ist, erscheint zweifelhaft, weil ohnehin ausdrücklich gesichert ist, dass der Erwerbspreis nur aus frei ausschüttbarem Vermögen der Gesellschaft finanziert werden darf (diese Beschränkung ist hingegen gewiss sinnvoll und notwendig).
- f. Offensichtlich beabsichtigt war insgesamt eine **Vereinfachung**, verglichen mit den in der Praxis sonst üblichen Konstruktionen für Mitarbeiterbeteiligungen. Bisher werden meist entweder (stimmrechtslos) rein schuldrechtlich Ansprüche zur Beteiligung der Mitarbeiter*innen begründet oder mit Hilfe einer anderen Gesellschaft (häufig KG) eine etwas kompliziertere Lösung eingesetzt, oder aber doch eine Beteiligung mit minimalen Stimmrechten eingeräumt (und manchmal wird, wegen der rechtlichen Komplikationen, die Mitarbeiterbeteiligung bisher wohl auch nicht umgesetzt). Eine beeindruckende Vereinfachung für die Praxis gelingt dem vorliegenden Entwurf in seiner aktuellen **Komplexität** bei Mitarbeiter*innenbeteiligungen für die geplante FlexKapG mit den Unternehmenswert-Anteilen leider nicht. Der Ansatz ist insoweit verbesserungsfähig.

VII. Redaktionelle Anmerkungen

In § 21 Abs 4 FlexKapGG formuliert der Entwurf wie folgt (Satz 2):

- „Ist ein Aufsichtsrat vorhanden, hat er dem wie auch einem Bezugsrechtsausschluss zuzustimmen...“

und (Satz 4):

- “Wenn der Aufsichtsrat zustimmen muss, ...“.

Gemeint ist wohl nicht, der Aufsichtsrat **müsse** zustimmen, sondern seine Zustimmung **sollte** eingeholt werden.

Die Formulierung könnte daher geringfügig verbessert werden (Satz 2): „Ist ein Aufsichtsrat vorhanden, ist dessen Zustimmung dazu sowie zu einem Bezugsrechtsausschluss einzuholen“. Und (Satz 4): „Wenn die Zustimmung des Aufsichtsrats einzuholen ist, ...“.

Mit freundlichen Grüßen

Walter Doralt