

Präsidium des Nationalrats
Per Email an: begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

Bundesministerium für Justiz
Per Email an: alessandro.cirino@bmj.gv.at

bpv Hügel Rechtsanwälte OG

Univ. Prof. Dr. Hanns F. Hügel RA
Dr. Rainer Roniger LL.M. (LSE) RA (f 2006)
Dr. Florian Gibitz LL.M. (Michigan) RA
Dr. Bernhard Schatz RA
DDr. Christian F. Schneider RA
Mag. Dominik Leiter RA
MMag. Dr. Astrid Ablasser-Neuhuber RA
Mag. Georg Rupprecht RA
Dr. Elke Napokoj LL.M. (London) RA
Dr. Florian Neumayr LL.M. (Nottingham) RA
Mag. Stefan Gaug LL.M. (Manchester) RA
Ass. iur. Florian Plattner RA
Mag. Thomas Lettau LL.M. (Cape Town) RA
MMag. Barbara Pogacar RA
Mag. Gerhard Fussenegger LL.M. (London) RA
Mag. Gerald Schachner RA, StB
Dr. Sonja Dürager LL.M. (IT-Law) RA
Dr. Heinrich Kühnert MJur RA
Dr. Christoph Nauer LL.M. (Int' Tax Law Wien) RA
Dr. Michaela Pelinka LL.M. (Krems) RA
Dr. Stephanie Bonner RA
Dr. Kornelia Wiltmann RA (RAK München), StB

Of Counsel
em.Univ. Prof. Dr. Heinz Krejci

ARES-Tower
Donau-City-Straße 11
1220 Wien
Tel. (+43-1) 260 50-0
Fax (+43-1) 260 50-1 33

Enzersdorfer Straße 4
2340 Mödling
Tel. (+43-22 36) 89 33 77
Fax (+43-22 36) 89 33 77-40

Hauptplatz 9-13
2500 Baden
Tel. (+43 2252) 20 98 99
Fax. (+43 2252) 20 98 99-99

www.bpv-huegel.com
wien@bpv-huegel.com

Mödling, 22. April 2013

L:\Partner\Hanns_Hügel\Backup
Notebook\Manuskripte\GesRÄG 2013.doc

Sehr geehrte Damen und Herren,

besten Dank für die Übermittlung des Entwurfs eines Gesellschaftsrechts-Änderungsgesetzes 2013 mit dem Ersuchen um eine Stellungnahme.

Diesem Ersuchen komme ich hiermit gerne nach.

Der Entwurf ist, abgesehen von der begrüßenswerten Streichung der Pflichtveröffentlichung in der Wiener Zeitung, aus nachstehenden Gründen zur Gänze abzulehnen.

Ich fasse zunächst die Ergebnisse meiner Stellungnahme in Kurzform zusammen (dazu unten Punkt 1), danach erfolgt die Begründung (Punkt 2). Zuletzt werden Anregungen für zwei praxiswichtige Änderungen des GmbHG gegeben (Punkt 3).

1. Ergebnisse

- Entgegen manchen Aussagen von Politikern wird die Absenkung der genannten Kapitalziffern Unternehmens-Neugründungen nicht fördern.
- Sie wird lediglich die Anzahl der GmbH-Neugründungen vermehren. Kleinstunternehmer, die sonst Einzelunternehmen oder Personengesellschaften gegründet hätten, werden GmbHs gründen. Die Erhöhung der GmbH-Zahlen kann keine positiven wirtschaftlichen Effekte haben und ist daher nicht förderungswürdig. Ganz im Gegenteil werden negative wirtschaftliche Effekte eintreten, weil bei Kleinstunternehmen ohne relevantem Kapital gegenüber den Gläubigern keine persönliche Haftung besteht.
- Die Absenkung der Kapitalziffern wird insbesondere die Gründung von Betrugs-GmbHs zwecks Missbrauchs des Sozialversicherungssystems fördern.
- Bei bestehenden GmbHs (Alt-GmbHs) wird die Reform die Absenkung des Stammkapitals auf EUR 10.000 ermöglichen. Für eine derartige Absenkung bestehen nicht unerhebliche Steueranreize. Die Kapitalherabsetzung um EUR 25.000 erspart eine mit 25% Kapitalertragsteuer belastete Gewinnausschüttung und wird folglich mit einer Steuerersparnis von EUR 6.250 „belohnt“.
- Diese steuerlich geförderte (!) „Entkapitalisierung“ der bestehenden GmbHs kann erhebliche Gläubigergefährdungen bewirken.
- Es bestehen keine Anzeichen dafür, dass die Einführung einer Billig-GmbH erforderlich ist, um das Ausweichen auf ausländische Rechtsformen mit niedrigem Stammkapital (englische Limited, deutsche Unternehmergegesellschaft) zu verhindern. Wenn derartigen Gründungen dennoch entgegengetreten werden soll, dürfte nicht das GmbH-Stammkapital abgesenkt werden, wodurch das Ansehen auch der Alt-GmbHs beeinträchtigt wird, sondern es müsste – wie in Deutschland – eine neue Gesellschaftsform eingeführt werden. Stattdessen kommt in Betracht, dass Österreich

den Widerstand gegen die Einführung der „Europäischen Privatgesellschaft“ („Europa-GmbH“) aufgibt, für deren Gründung ein Stammkapital von EUR 8.000 ausreichend ist.

2. Detaillierte Stellungnahme

2.1. Förderung von Unternehmens-Gründungen oder GmbH-Gründungen?

Die BMJ-Erläuterungen betonen, dass die Absenkung der Kapitalziffern – entgegen manchen Äußerungen von Politikern – keine Unternehmens-Neugründungen bewirken werden. Der erwartete Anstieg der GmbH-Gründungen werde mit einem Rückgang der Gründung von Unternehmen in anderen Rechtsformen einhergehen, weshalb „*keine wesentlichen Auswirkungen auf die gesamtwirtschaftlichen Rahmenbedingungen zu erwarten sind*“.

Dies kann ich aufgrund meiner anwaltlichen Praxis nur bestätigen. Keine Unternehmensgründung scheitert daran, dass der Gründer die Mindesteinzahlung von EUR 17.500 nicht aufbringen kann. In solchen Fällen wird eben – wie das BMJ ebenfalls zutreffend bemerkt – ein Einzelunternehmen (oder eine Personengesellschaft) gegründet. Für die Unternehmensverbindlichkeiten haftet der Gründer unbeschränkt, was angesichts der fehlenden Bonität des Unternehmens entschieden zu befürworten ist.

Da die Absenkung der Kapitalziffern somit nicht zu einer Vermehrung von Unternehmensgründungen führen kann, sieht das BMJ – abweichend von den genannten Politikeraussagen – den Zweck der Reform darin, dass „*die zuletzt stagnierende Anzahl von jährlichen GmbH-Neugründungen gesteigert werden soll*“.

Zwar ist aufgrund der Reform tatsächlich mit vermehrten GmbH-Gründungen zu rechnen; es liegt aber auf der Hand, dass die Vermehrung der GmbH-Zahlen ohne positive gesamtwirtschaftliche Effekte kein förderungswürdiges Anliegen ist (ebenso Univ.-Prof. Dr. Heinz Krejci, Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2013/3 S.114). Für den Gründer mag es zwar persönlich angenehm sein, nicht persönlich haften zu müssen. Für den Bank-Kredit gilt dies aber ohnehin nicht, weil Banken bei GmbHs mit nicht ausreichendem Eigenkapital – und insbesondere bei Neugründungen – regelmäßig eine Bürgschaft der Gesellschafter und/oder Geschäftsführer verlangen. Somit besteht die durch den Entwurf geförderte Annehmlichkeit in der Verlagerung von Risiken vom Unternehmensgründer, der andernfalls ein Einzelunternehmen gegründet und persönlich für alle Verbindlichkeiten gehaftet hätte, auf

die Nicht-Bankengläubiger, also Lieferanten, den Fiskus und vor allem die Sozialversicherung.¹

Am Rande sei bemerkt, dass die gegenwärtige Mindesteinzahlung von EUR 17.500 natürlich kein „verlorenes Geld“ ist. Nach Eintragung der GmbH kann die Mindesteinzahlung für die anstehenden Investitionen und laufenden Aufwendungen verwendet werden.

Unternehmen mit Investitionsbedarf von unter EUR 17.500 (aber auch durchaus etwas größere Kleinunternehmen) werden schon jetzt aus anderen Gründungen häufig nicht als GmbH betrieben. Dagegen sprechen vor allem Erschwernisse bei Entnahmen, die nicht formlos möglich sind, sowie zusätzliche Kosten durch Jahresabschluss, Einreichung zum Firmenbuch sowie die Mindest-Körperschaftsteuer.

2.2. Förderung von Sozialversicherungs-Betrug

Die Absenkung der Kapitalziffern würde aber die Gründung von Betrugs-GmbHs begünstigen, die Arbeitnehmer zur Sozialversicherung anmelden, wodurch Leistungen im Rahmen der Pflichtversicherung in Anspruch genommen werden können. Solche Betrugs-GmbHs führen keine SV-Beträge an die Sozialversicherungsträger ab, was der Leistungspflicht gegenüber den Versicherten aber nicht entgegensteht. Hat die Sozialversicherung nach Monaten die Löschung der Betrugs-GmbH erreicht, wird die nächste Betrugs-GmbH gegründet. Diese Praktiken lassen sich bei einer Mindesteinzahlung von EUR 5.000 weit leichter durchführen als mit einer solchen von EUR 17.500.

2.3. Steuerlich geförderte Gläubigergefährdung bei Alt-GmbHs

Selbst wenn man trotzdem eine „billige“ Unternehmergeellschaft mit beschränkter Haftung („GmbH light“) einführen will, sollte dies – wie in Deutschland – eine eigene Gesellschaftsform sein, damit das Ansehen der Alt-GmbHs nicht untergraben wird. Demgegenüber ermöglicht der Gesetzesentwurf eine Entkapitalisierung bei allen Alt-GmbHs. Diese können ihr Stammkapital auf EUR 10.000 herabsetzen.

Das Ausmaß der drohenden Gläubigergefährdung erahnt man, wenn man berücksichtigt, dass ca zwei Drittel aller österreichischen Unternehmen als GmbH betrieben werden und gegenwärtig über 100.000 GmbHs eingetragen sein dürften, von denen wahrscheinlich der weit überwiegende Anteil nur über das Mindeststammkapital verfügt.

¹ Arbeitnehmer sind durch das IESG geschützt.

Hinzu kommt: Zur gläubigergefährdenden Kapitalherabsetzung besteht erheblicher steuerlicher Anreiz.

Bei der Abfassung des Entwurfs wurde offenkundig nicht berücksichtigt, dass die Kapitalherabsetzung eine steuerfreie Einlagenrückzahlung (§ 4 Abs 12 EStG) ermöglicht, während eine Gewinnausschüttung mit 25% Kapitalertragsteuer belastet wäre. Jede GmbH, die über ausschüttungsfähige Liquidität verfügt oder mit Gewinnen in den nächsten Jahren rechnet, wird geneigt sein, anstatt einer steuerpflichtigen Gewinnausschüttung eine steuerfreie Kapitalherabsetzung von EUR 35.000 auf EUR 10.000 vorzunehmen. Die Kapitalertragsteuerersparnis beträgt EUR 6.250 (25% von EUR 25.000).

Wird diese Steuersparstrategie nur von 10.000 Alt-GmbHs verfolgt, entgehen dem Bund Kapitalertragsteuern von EUR 62,5 Mio.

2.4. „GmbH light“ als Alternative zu ausländischen Gesellschaften

Der einzige Grund, eine „GmbH light“ (aber nur in einer neuen Rechtsform) einzuführen, könnte darin bestehen, das Ausweichen österreichischer Unternehmensgründer auf ausländische Rechtsformen, wie etwa die englische Limited oder die deutsche Unternehmergeellschaft (haftungsbeschränkt), die mit einem Haftkapital von EUR 1 gegründet werden können, zu vermeiden. Denn sowohl für Unternehmensgründer als auch für ihre Geschäftspartner bringt es nicht unerhebliche Erschwernisse und Rechtsunsicherheit mit sich, mit einer Rechtsform, die ausländischem Recht untersteht, konfrontiert zu sein. Darauf weisen zutreffend die BMJ-Erläuterungen hin.

Dieses Anliegen wäre berechtigt, wenn in Österreich tatsächlich zahlreiche ausländische Gesellschaften gegründet würden.

In Österreich ist aber gerade dies nicht der Fall. Zutreffend führt das BMJ in den Erläuterungen an, dass es zu den vielfach befürchteten zahlreichen Scheinauslandsgesellschaften nicht gekommen ist.

Eine „Gründungswelle“ englischer Limiteds wurde allerdings vor einigen Jahren in Deutschland verzeichnet. Dabei zeigte sich aber, dass es sich großteils um nicht wirtschaftlich lebensfähige Unternehmen und/oder sogar unseriöse Gründungen handelte, denn ein großer Teil dieser Gesellschaften stellte innerhalb weniger Monaten ihre Tätigkeit ein oder verfiel in Konkurs. Gleichartige Erfahrungen werden in Deutschland gegenwärtig mit der Unternehmergeellschaft (haftungsbeschränkt) gemacht. Ein beachtlicher Teil der „Billig-

„Gründer“ sind Personen, die schon mehrmals insolvent waren und/oder wegen Wirtschaftsdelikten verurteilt wurden (Krejci, Zeitschrift für Gesellschaftsrecht 2013/3 S. 114).

Diese Erfahrungen zeigen, dass in Österreich auch unter dem Blickwinkel der Verhinderung ausländischer Gesellschaftsformen kein Bedarf nach einer „GmbH light“ besteht.

Soll das Anliegen der Einführung einer „GmbH light“ dennoch weiter verfolgt werden, bestehen dafür zwei Wege, bei denen Stammkapital und Mindesteinzahlung nach gegenwärtigem GmbH-Recht – zwecks Vermeidung steuergefördeter Entkapitalisierung der Alt-GmbHs – unberührt zu bleiben hätten:

- Seit mehreren Jahren existiert ein mehrmals überarbeiteter Entwurf der Europäischen Kommission zur Einführung einer EU-weit (möglichst) einheitlichen „Europäischen Privatgesellschaft“ („EPG“), umgangssprachlich auch als „Europa-GmbH“ bezeichnet.

Während der erste Entwurf ein Stammkapital von bloß EUR 1 vorsah, zeichnete sich zuletzt ein Kompromiss bei einem Stammkapital von EUR 8.000 ab. Fast alle Mitgliedstaaten haben ihre Zustimmung zu diesem Entwurf erteilt. Die Verabschiedung der EPG-Verordnung scheiterte ausschließlich am Veto Deutschlands und Österreichs. Die dafür gegebenen Gründe sind indessen nicht nachvollziehbar. Die EPG hätte vor allem mittelständischen grenzüberschreitend tätigen Unternehmensgruppen den kostensparenden Einsatz einer und derselben Gesellschaftsform in allen Mitgliedstaaten ermöglicht. Die EPG ist in einigen Punkten weit flexibler als die GmbH; ihr steht insbesondere auch die grenzüberschreitende Sitzverlegung offen (im Einzelnen Univ.-Prof. Dr. Hanns F. Hügel, Zur Europäischen Privatgesellschaft: Internationale Aspekte, Sitzverlegung, Satzungsgestaltung und Satzungslücken, Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht 2009 S. 309).

Der Widerstand Deutschlands und Österreichs ist nicht nur sachlich unberechtigt, sondern auch gegenüber den kleineren Mitgliedstaaten illoyal, weil diese nicht über international gut eingeführte Rechtsformen, wie dies die „GmbH“ oder auch die „Limited“ sind, verfügen, sondern ihre Gesellschaften (s.r.o, sarl, etc) international weit weniger bekannt sind.

Würde Österreich seinen Widerstand gegen die EPG-Verordnung aufgeben, könnte Deutschland kaum seine Position als einziger „Blockierer“ aufrechterhalten.

Die EPG könnte dann als „GmbH light“ fungieren.

- Als Alternative kommt nach dem deutschen Vorbild die Einführung einer neuen Unternehmergesellschaft mit niedrigem Stammkapital in Betracht. Diesen Weg ist Deutschland nach intensiver Diskussion gegangen. Die gleichfalls erwogene Absenkung des Stammkapitals der „regulären“ GmbH wurde im Interesse der Aufrechterhaltung von Haftungsfonds und Reputation der GmbH verworfen. Das gesetzliche Stammkapital der GmbH wurde unberührt gelassen.

3. Dringender Reformbedarf im GmbH-Recht

Ist die Herabsetzung der genannten Mindestkapitalziffern bei der GmbH abzulehnen, soll doch bei dieser Gelegenheit auf zwei wichtige offene Reformpunkte im GmbH-Recht hingewiesen werden:

3.1. Keine Notariatsaktpflicht

Insbesondere für Kleinunternehmen ist es belastend, dass

- der Abschluss des GmbH-Gesellschaftsvertrages eines Notariatsaktes bedarf;
- jede Satzungsänderung als notarielle Beurkundung erfolgen muss und
- jegliche Abtretung von GmbH-Geschäftsanteilen einen Notariatsakt erfordert.

Der dadurch bewirkte gesetzliche Zwang zur Beratung durch einen Notar ist bei der GmbH noch weniger gerechtfertigt als bei anderen Gesellschaftsformen. Zu berücksichtigen ist, dass Personengesellschaften, bei denen die Gesellschafter (abgesehen von Kommanditisten) mit ihrem gesamten Privatvermögen unbeschränkt haften, mit schriftlichem Gesellschaftsvertrag, im Falle der ABGB-Gesellschaft aber sogar auch durch mündlichen oder stillschweigenden Vertragsabschluss gegründet werden können. Ist hier gesetzlicher Beratungzwang nicht erforderlich, liegt auf der Hand, dass dies bei der haftungsbeschränkten GmbH erst recht nicht der Fall ist.

Ausreichend (aber auch erforderlich) wäre vielmehr die Schriftform unter notarieller Beglaubigung der Unterschriften.

3.2. Ermöglichung unterjähriger (Zwischen-)Gewinnausschüttungen

Die österreichische GmbH dürfte – abgesehen von Aktiengesellschaften – international die einzige haftungsbeschränkte Rechtsform sein, die Gewinnausschüttungen nur aufgrund

- 8 -

ihres Jahresabschlusses vornehmen kann. Dies führt in aller Regel dazu, dass Gewinnausschüttungen nur einmal im Geschäftsjahr möglich sind.²

Wie in Deutschland sollte daher zugelassen werden, dass unterjährig Gewinnausschüttungen zu Lasten des Ergebnisses des laufenden Geschäftsjahrs erfolgen.

Für weitere Erörterung stehe ich gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Univ. Prof. Dr. Hanns F. Hügel

² Ausweg bietet lediglich ein im Jahresabschluss vorgenommener Gewinnvortrag, der auch Grundlage weiterer Gewinnausschüttungen sein kann. Dieser (ungewöhnliche) Weg wird aber nur bei spezialisierter und vorausschauender Beratung gegangen. Dies ist selten der Fall. Unerfreulich ist somit auch die Bevorzugung von Großunternehmen, die diese Vorgangsweise aufgrund eigener Expertise oder Beratung routinemäßig wählen, während mittelständische und kleinere Unternehmen diesen Ausweg häufig nicht kennen.