

*ao. Univ.-Prof. Mag. Dr. Gerhard Schummer
Institut für Österreichisches und Internationales
Unternehmens- und Wirtschaftsrecht
Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Graz
Universitätsstraße 15/C4
8010 Graz*

tel. 0316/380-3575
fax 0316/380-693575
email: gerhard.schummer@uni-graz.at

An das

Bundesministerium für Justiz

Museumstraße 7

1070 Wien

E-Mail: team.z@bmj.gv.at

E-Mail: begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

Graz, am 22.4.2013

Betreff:

Ministerialentwurf betreffend ein Bundesgesetz, mit dem das GmbH-Gesetz, die Insolvenzordnung, das Notariatstarifgesetz, das Rechtsanwaltstarifgesetz und das Körperschaftsteuergesetz 1988 geändert werden (Gesellschaftsrechts-Änderungsgesetz 2013 - GesRÄG 2013)

Sehr geehrte Damen und Herren!

Sie haben mir mit Schreiben vom 21.3.2013 (BMJ-Z10.010/0003-I 3/2013) den Entwurf eines Gesellschaftsrechts-Änderungsgesetzes 2013 (GesRÄG 2013) übermittelt und um eine Stellungnahme gebeten. Ich bedanke mich für die Möglichkeit einer Äußerung zum vorliegenden Entwurf und erlaube mir, nachfolgende

S t e l l u n g n a h m e

abzugeben.

I. Zu den Zielen des Entwurfs (Vorblatt des Entwurfs)

Als Ziel des vorliegenden Entwurfs wird die Erhöhung der Anzahl der jährlichen Neugründungen von 8.000 auf zumindest 9.000 vorgegeben. Dies wäre an sich aus wirtschaftspolitischen Erwägungen wünschenswert, wenn sich die Zahl der Unternehmensträger dadurch absolut und auch nachhaltig vergrößern würde. Der Entwurf geht aber offensichtlich selbst davon aus, dass dadurch die Anzahl der Unternehmer bzw. Unternehmensträger nicht vergrößert, sondern nur eine Umschichtung zwischen den zur Verfügung stehenden Rechtsformen vorgenommen wird¹. Der Entwurf begründet nicht, weshalb diese Umschichtung innerhalb der Rechtsformen zu Gunsten der GmbH aus wirtschaftspolitischen oder sonstigen Gründen sinnvoll und daher erwünscht sein soll. Das Ziel der Erhöhung von GmbH-Gründungen um 1.000 pro Jahr erscheint willkürlich und sachlich nicht begründbar. Genauso gut hätte man als Zielvorgabe aufgrund der stark sinkenden Zahl von Aktiengesellschaften (mit Stichtag 1.1.2007 waren noch 2.057 AG im Firmenbuch eingetragen; am 1.1.2013 betrug die Zahl nur mehr 1.760!) eine Trendumkehr anpeilen und als adäquates Mittel die Herabsetzung des Grundkapitals vorschlagen können. Wer solche Ziele formuliert, muss sich auch entsprechende berechtigte Kritik gefallen lassen².

Weitaus schwerwiegender als die fehlende begründbare Zielvorgabe ist mE aber der Umstand, dass der vorliegende Entwurf nur den Weg in die GmbH erleichtern will, ohne sich Gedanken über das Leben in und den Ausstieg aus der GmbH zu machen.

Durch den geplanten erleichterten Einstieg in die GmbH wird vor allem Kleinunternehmern die Attraktivität der GmbH suggeriert, ohne dass fairerweise auch dargelegt wird, dass die Folgekosten einer GmbH und vor allem die Kosten für die Beendigung dieser Rechtsform im Vergleich zu einem Einzelunternehmen oder zur Personengesellschaft unverhältnismäßig hoch sind. Ein typisches Beispiel ist § 12 GmbHG des vorliegenden Entwurfes: offensichtlich ist nur die Eintragung der GmbH von der Veröffentlichungspflicht im Amtsblatt zur Wiener Zeitung befreit; Eintragungen während des Bestandes der Gesellschaft und im Rahmen der Liquidation und Löschung der Gesellschaft sind nach wie vor im Amtsblatt zu veröffentlichen.

¹ Siehe Seite 4 f des Entwurfs: „... statt als Einzelunternehmer etc. tätig zu sein [...]. Der erwartete Anstieg der GmbH-Gründungen dürfte mit einem Rückgang der Gründungen von Unternehmen in anderen Rechtsformen (insb. Einzelunternehmer) einhergehen [...].“

² Siehe zB <http://www.format.at/articles/1312/943/355279/gruendung-gmbhs-eigenkapital-aktionismus>: „Gründung von GmbHs fast ohne Eigenkapital ist billiger politischer Aktionismus“.

Die Pflicht zur doppelten Buchführung, die Veröffentlichung des Jahresabschlusses, sonstige Firmenbuchanmeldungen (wie etwa bei Änderungen des Gesellschaftsvertrages), letztendlich aber auch die unverzichtbaren Gläubigerschutzbestimmungen, die eine flexible Gestaltung (zB Privatentnahmen) verhindern und vor allem die Erkenntnis, dass die Aufnahme von Fremdkapital durch eine schwach kapitalisierte GmbH ohne Übernahme einer persönlichen Haftung (zB in Form von Bürgschaften oder Pfandrechten) der Gesellschafter faktisch nicht möglich ist, lassen die auf den ersten Blick vermeintlichen Vorteile rasch schwinden und die Erkenntnis gewinnen, dass eine GmbH für ein Kleinstunternehmen ein teures und unpassendes Vehikel ist. Wie langwierig und kostenaufwändig die Lösung einer GmbH ist (Liquidationsbilanzen, Gläubigeraufruf usw), ist den Gründern meistens nicht bewusst.

Zu befürchten ist, dass durch die beabsichtigte Herabsetzung des Stammkapitals viele Kleinunternehmer als die angesprochene Zielgruppe in die „GmbH-Falle“ tappen und erst später erkennen werden, dass die GmbH für sie eine ungeeignete Rechtsform ist.

II. Zu den Erläuterungen/Allgemeiner Teil

Zum verschärften Wettbewerb mit den Gesellschaftsformen anderer Mitgliedstaaten

Seit den Entscheidungen des EuGH in den Fällen „Centros“, „Überseering“ und „Inspire Art“ zur Niederlassungsfreiheit sind mittlerweile über 10 Jahre vergangen. Seit diesen Entscheidungen ist es möglich, im Ausland eine Gesellschaft („Scheinauslandsgesellschaft“) zu gründen und via Zweigniederlassung in Österreich die Tätigkeit auszuüben; die Befürchtung, dass österreichische Unternehmer diesen Weg beschreiten, ist sichtlich eine der maßgeblichen Triebfedern für den vorliegenden Entwurf; die österreichische GmbH scheint also im Wettbewerb mit vergleichbaren ausländischen Gesellschaften ohne Umsetzung des vorliegenden Reformvorhabens zu unterliegen.

Zur Beantwortung der Frage, ob und in welchem Ausmaß österreichische Unternehmer von der Möglichkeit der vermeintlich billigeren Gründung von Gesellschaften im Ausland Gebrauch machen und ob der behauptete Wettbewerb mit Gesellschaftsformen anderer Mitgliedstaaten auch in der Realität stattfindet, sei wieder auf Daten aus dem Firmenbuch gegriffen (es

stehen mir bezüglich der Neugründungen nur die Daten der beiden letzten Jahre zur Verfügung):

- Im Zeitraum 1.1.2011 bis 31.12.2011 wurden im Firmenbuch 315 neue Zweigniederlassungen ausländischer Rechtsträger eingetragen. Die Firmenbuchstatistik weist auch aus, in welcher Rechtsform der ausländische Rechtsträger geführt wird. 197 Hauptniederlassungen werden in der einer österreichischen GmbH vergleichbaren Rechtsform (ltd, d.o.o. usw) geführt.
- Im Zeitraum 1.1.2012 bis 31.12.2012 wurden im Firmenbuch 339 neue Zweigniederlassungen ausländischer Rechtsträger eingetragen; 243 davon weisen als Hauptniederlassung eine Gesellschaft aus, die der österreichischen GmbH entspricht.

Dabei handelt es sich aber nicht in allen Fällen um „Scheinauslandsgesellschaften“, sondern in vielen Fällen um „echte“ ausländische Gesellschaften, die in ihrem Heimatland ihre Haupttätigkeit ausüben und für ihre Aktivitäten in Österreich hier eine Zweigniederlassung gegründet haben. So haben etwa viele slowenische oder kroatische d.o.o im Sprengel der Landesgerichte Graz und Klagenfurt Zweigniederlassungen errichtet. Schätzungen zufolge sind höchstens 50% dieser Auslandsgesellschaften mit inländischer Zweigniederlassung tatsächlich „Scheinauslandsgesellschaften“.

Weitaus mehr Aussagekraft zum angeblich „verschärften Wettbewerb“ haben die absoluten Zahlen der im Firmenbuch eingetragenen inländischen und ausländischen Rechtsträger:

- Zum Stichtag 31.12.2010 waren 207.274 inländische und 2.549 ausländische Rechtsträger eingetragen. Der Anteil der ausländischen Rechtsträger gemessen an der Gesamtzahl beträgt ca. 1,21%.
- Zum Stichtag 31.12.2011 waren 212.340 inländische und 2.408 ausländische Rechtsträger eingetragen. Der Anteil der ausländischen Rechtsträger gemessen an der Gesamtzahl beträgt ca. 1,12%.
- Zum Stichtag 31.12.2011 waren 218.498 inländische und 2.422 ausländische Rechtsträger eingetragen. Der Anteil der ausländischen Rechtsträger gemessen an der Gesamtzahl beträgt ca. 1,09%.

Zieht man echte ausländische Gesellschaften ab, dürfte die Zahl der Scheinauslandsgesellschaften bei geschätzten 0,5% liegen! Weder die britische Limited noch die deutsche Unter-

nehmergesellschaft sind daher in irgendeiner Weise „Konkurrenten“ für die österreichische GmbH!

Zur Senkung der Gründungskosten und zur Seriositätsschwelle

Begrüßenswert ist zunächst die Zielsetzung, dass die Gründung einer GmbH leichter und billiger werden soll. Nicht zu begrüßen sind allerdings die Wege, um dieses Ziel zu erreichen. Die geplante Herabsetzung des Stammkapitals ist strikt abzulehnen. Wie im Ministerialentwurf zutreffend angeführt, ist das Mindeststammkapital eine gewichtige Seriositätsschwelle und überdies ein Kapitalpolster für die GmbH, um Anfangsverluste abzufedern und eine Überschuldung bereits bei der Unternehmensgründung zu verhindern.

Zuletzt wurde diese Seriositätsschwelle durch die GmbH-Novelle 1980 von ATS 100.000 auf ATS 500.000 angehoben. Lesenswert sind in diesem Zusammenhang die Erläuterungen zur Regierungsvorlage³ sowie die stenographischen Protokolle über die 42. Sitzung des Nationalrates am 2. Juli 1980⁴; sie zeugen von einem Weitblick der damaligen politischen Entscheidungsträger. Ein Stammkapital von ATS 100.000 sei „infolge der Geldwertverdünnung zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger und zur Wahrung der Kapitalgrundlage der Gesellschaft“ nicht mehr ausreichend. Im Ergebnis stelle die Neuregelung den Erläuterungen **zufolge einen Schutz gegen unseriöse Gründungen** dar, wodurch gleichzeitig der hohen Insolvenzanfälligkeit neugegründeter GmbH entgegengewirkt werden sollte. Die Stenografischen Protokolle zeigen, dass die Redner aller Parteien diesen Schritt uneingeschränkt begrüßt haben.

Die seinerzeit als notwendig erachtete Seriositätsschwelle von ATS 500.000 würde unter Berücksichtigung der Inflation (Basis VPI 1976 Stand Juli 1980) bis März 2013 bei einer Indexveränderung von 130,2% einem Stammkapital von ca. €83.650 entsprechen. Mit der beabsichtigten Herabsetzung des Stammkapitals auf €10.000 würde man unter das Niveau vor der GmbH-Novelle 1980 sinken! Würde man nämlich die ATS 100.000 inflationsbereinigen, ergäbe dies einen Wert von €16.730! Es ist doch erstaunlich, dass die „Seriositätsschwelle“ eine dem Zeitgeist und den „wirtschaftlichen Bedürfnissen“ angepasste variable Größe ist!

³ 5 BlgNR 15. GP 5 f.

⁴ StProt S. 42 15. GP 4131 ff.

III. Zu den Erläuterungen/Besonderer Teil

Zu Art 1 Z 4 (§ 12 GmbHG):

Der Entfall der Veröffentlichungspflicht bei der Neueintragung ist uneingeschränkt zu begrüßen. Es ist aber die unter Punkt I geäußerte Kritik zu wiederholen: es wird nur der Einstieg in die GmbH erleichtert; während des Bestandes und im Zusammenhang mit der Beendigung der GmbH ist wie bisher eine Doppelveröffentlichung vorgesehen. Sinnvoller wäre es, die Doppelveröffentlichungen für alle Rechtsträger abzuschaffen. Auch bei der Neueintragung zB einer AG im Firmenbuch handelt es sich um einen Umstand, der für den rechtsgeschäftlichen Verkehr keine besonderen Gefahren auslöst. Die Ungleichbehandlung ist daher sachlich nicht gerechtfertigt.

Zu Z 6 (§ 36 GmbHG):

Die Erweiterung der Einberufungspflicht bei Vorliegen der URG-Kriterien erscheint aus mehreren Gründen nicht sinnvoll. Anders als in romanischen und skandinavischen Ländern sind die Gesellschafter nicht verpflichtet, etwa durch Kapitalerhöhung oder Auflösungsbeschlussfassung bei sonstiger Haftung auf die bedenkliche wirtschaftliche Situation zu reagieren. § 36 GmbHG ist außerdem ebenso wenig wie das URG nach hA eine gläubigerschützende Norm⁵, sodass die Gläubiger bei Verletzung dieser Pflicht keine Ansprüche gegenüber Geschäftsführern geltend machen könnten.

Ein gewisser Widerspruch besteht auch zu § 22 URG. Diese Bestimmung sieht eine Haftung für Organe prüfpflichtiger juristischer Personen für den Fall der Nichteinleitung eines Reorganisationsverfahrens vor. Geschäftsführer einer kleinen GmbH sind demnach von der Haftung ausgenommen. Als (inoffizielle) Begründung für diese Ausnahme wurde ins Treffen geführt, dass die Ermittlung der relevanten Kennzahlen gelegentlich nicht ohne Schwierigkeiten erfolgen kann und daher eine Haftung nur dann greifen soll, wenn der Geschäftsführer einen Bericht des Abschlussprüfers erhält, aus dem sich diese Kennzahlen ergeben. Wenn man künftig von jedem Geschäftsführer verlangt, sogar unterjährig die Kennzahlen selbstän-

⁵ Vgl OGH 1.12.2005, 6 Ob 269/05k.

dig zu ermitteln und bei Überschreiten der URG-Kennzahlen eine Generalversammlung einzuberufen, so harmonisiert dies nicht mit § 22 URG.

Nicht nachvollziehbar ist auch, weshalb diese Einberufungspflicht bei Überschreiten der URG-Kriterien nur bei der GmbH, nicht aber auch bei der AG vorgesehen sein soll. Weshalb dies im Aktienrecht „nicht für nötig erachtet“ wird, bleibt im Dunkeln verborgen.

Im Übrigen sollte Folgendes bedacht werden: Die Geschäftsführung einer GmbH kann jeder übernehmen, der eine natürliche geschäftsfähige Person ist. Ein Nachweis, dass die betreffende Person zumindest die Grundregeln des GmbH-Gesetzes und damit ihre Pflichten als Geschäftsführer kennt, ist nicht erforderlich. Wer glaubt, dass der durchschnittliche Geschäftsführer einer kleinen GmbH seine Pflichten nach § 36 Abs. 2 GmbHG kennt oder mit dem Begriff „Internes Kontrollsyste“ etwas anzufangen weiß, hatte offensichtlich noch keinen Kontakt mit der Praxis. Es wäre meines Erachtens weitaus sinnvoller, sich Maßnahmen zu überlegen, wie das Wissen der Geschäftsführer über ihre bestehenden Pflichten verbessert werden kann, als ständig neue Pflichten einzuführen, von deren Bestand die eigentlichen Adressaten erst in Haftungsprozessen bzw. in deren Vorfeld Kenntnis erlangen.

Zu Art. 3 (Änderung des Notariatstarifgesetzes)

Zu den wenig positiven Aspekten des vorliegenden Entwurfs zählt die Beibehaltung des Notariatsaktes für GmbH-Gründungen. Damit ist sichergestellt, dass auch die Gründer von Kleinstgesellschaften in Rechtsform der GmbH ein Mindestmaß an Beratung erhalten und nicht ohne jegliche Kenntnis über die in einer GmbH geltenden Grundregeln im Irrglauben wirtschaftlich tätig werden, eine GmbH schütze sie vor persönlicher Haftung.

Der Entwurf hält auf Seite 13 fest, dass „für jene Fälle, in denen der Prüf- und Aufklärungsbedarf gering ist, zur Förderung von bestimmten Neugründungen ein besonders günstiger Tarif eingeführt werden“ soll. Hinsichtlich des Aufklärungsbedarfs ist anzumerken, dass die §§ 52 ff NO keine inhaltliche Differenzierung bei der Beratungs- und Aufklärungspflicht vorsehen. Ob ein umfangreicher Gesellschaftsvertrag zu verfassen ist oder bloß eine Privatkunde gemantelt werden soll, ist im Hinblick auf die Beratung und Aufklärungspflicht vollkommen irrelevant. Der OGH legt bezüglich der Pflichten des Notars einen hohen Maßstab

fest: „Der Notar hat durch geeignete Fragen den tatsächlichen Wissensstand der Vertragsparteien zu erforschen und daran das Maß der erforderlichen Rechtsbelehrung zu bestimmen. Auch von mehr oder weniger stark geprägtem Selbstbewusstsein getragene, die erforderlich erscheinende Rechtsbelehrung abwehrende Äußerungen der Vertragsparteien dürfen den Notar grundsätzlich nicht davon abhalten, auf seine Erkundungs- und Belehrungspflicht und auf die erfahrungsgemäß aus einem dem Auftrag entsprechenden Geschäftsvorfall und seiner Abwicklung entspringenden Risiken mit Nachdruck hinzuweisen.“⁶

Gerade bei Gründung von Gesellschaften mit einem sehr geringen Stammkapital wird es dem Notar obliegen, den Gründer über die umfangreichen Risiken zB der Durchgriffshaftung nachweislich zu belehren. Davon geht auch der vorliegende Entwurf aus und verlangt vom Notar „insbesondere Hinweise auf die Notwendigkeit einer ausreichenden Eigenkapitalausstattung und die bei Nichtbeachtung damit möglicherweise verbundenen Haftungsfragen“. Wer für eine Wertgebühr von €43,55 eine umfangreiche Belehrung vorzunehmen hat, leistet wahrlich einen Beitrag zur Förderung von Neugründungen! Es bleibt abschließend zu hoffen, dass der OGH in den zunehmenden Fällen der Beraterhaftung wegen unzureichender Belehrung diesen Beitrag und die nahezu schon ehrenamtliche Tätigkeit der Notare, aber auch der Anwälte, entsprechend würdigen wird!

Mit freundlichen Grüßen

Gerhard Schummer e.h.

⁶ OGH 3.3.2008, 9 Ob 30/07p.