

Bundesministerium für Finanzen
Johannesgasse 5
1010 Wien

per E-Mail: e-Recht@bmf.gv.at
begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

ZI. 13/1 16/196

BMF-112800/0001-III/4/2016

BG, mit dem die Bundesabgabenordnung, das Abgabenverwaltungsorganisationsgesetz 2010, das Neugründungs-Förderungsgesetz, das Unternehmensserviceportalgesetz, das Familienlastenausgleichsgesetz 1967, das GmbH-Gesetz, das Notariatstarifgesetz und das Gerichtsgebührengesetz geändert werden (Deregulierungsgesetz 2017 – Teil BMF/BMJ/BMFJ)

Referent: Dr. Andreas Rudolph, Rechtsanwalt in Wien

Sehr geehrte Damen und Herren!

Der Österreichische Rechtsanwaltskammertag (ÖRAK) dankt für die Übersendung des Entwurfes und erstattet dazu folgende

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

Die österreichische Rechtsanwaltschaft begrüßt die Absichten des Gesetzgebers, mit dem vorliegenden Gesetzesentwurf zugunsten der Bürger eine Vereinfachung der Verwaltung sowie eine unkompliziertere Gründung von Unternehmen voranzutreiben. Im Detail sollten einzelne Regelungen noch klarer formuliert werden. Überdies kann der Entwurf auch Stein des Anstoßes für eine kritische Durchleuchtung überkommener Formvorschriften des Gesellschaftsrechts sein.

Zu den Änderungen des Neugründungs-Förderungsgesetz:

Die Änderungen und Ergänzungen des Neugründungs-Förderungsgesetzes (NeuFöG) sind durchwegs positiv.

Gegen die im Entwurf vorgesehene Ergänzung des § 4 Abs 3 NeuFöG ist nichts einzuwenden. Dass auch neue Selbständige, die keiner gesetzlichen Berufsvertretung zugerechnet werden können, die Möglichkeit bekommen, anstelle des Beratungsgesprächs bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft

im Sinne einer kundenfreundlichen Servicierung das NeuFöG-Erstgespräch auch bei der Wirtschaftskammer absolvieren können, ist zu begrüßen.

Die angestrebte Verwaltungsvereinfachung wird bestimmt dadurch erreicht, dass die Erklärung der Neugründung nun auch ohne Vorlage des Ausdrucks auf elektronischem Wege möglich sein soll. Die dabei zu Tage tretende verstärkte Besinnung des Gesetzgebers auf das in aller Munde stehende *One-Stop-Shop-Prinzip* und der damit verbundene Ausbau des Unternehmensserviceportals (USP) ist positiv zu bewerten.

Um das Wirtschaftswachstum anzukurbeln, ist jede Form der Servicierung von Gründerinnen und Gründern sinnvoll. Da nähere Details wohl erst in der Verordnung des Bundesministers für Finanzen geregelt werden, ist eine abschließende Beurteilung dieses Regelungskomplexes derzeit noch nicht möglich.

Zur Änderung des Unternehmensserviceportalgesetzes:

Die Integration des Anzeigemoduls gemäß § 37b Zustellgesetz in die Melde- und Kommunikationsinfrastruktur des USP, um es Unternehmen zu ermöglichen, alle elektronischen Zustellungen und Mitteilungen an einer einzigen Stelle angezeigt zu bekommen, kann aus Sicht der Rechtsanwaltschaft zu einer sinnvollen Zentralisierung und Verwaltungsvereinfachung beitragen.

Eine abschließende Beurteilung ist derzeit mangels Vorliegen der näheren Bestimmungen für Teilnehmer des USP betreffend die Nutzung der Melde- und Kommunikationsinfrastruktur des USP, die künftig in der USP Nutzungsbedingungen Verordnung vorgesehen sein werden, nicht möglich.

Zur Änderung des GmbH-Gesetzes:

Der vorliegende Entwurf sieht tiefgreifende Änderungen im Gefüge des GmbH Gesetzes vor und greift dabei insbesondere Ideen des *Reformdialogs Verwaltungsvereinfachung* auf. Im Ergebnis sollen die Änderungen zur Beschleunigung von GmbH-Gründungen beitragen und die Rechtsform der GmbH für Neugründer noch attraktiver gestalten.

Überdies soll die GmbH-Gründung in „Standardfällen“ erheblich verbilligt werden. Der Gesetzgeber will dies mit einer vereinfachten GmbH-Gründung unter Zuhilfenahme elektronischer Kommunikationsmittel (zB „Bürgerkartenfunktion“ oder „Handysignatur“) erreichen. Der im Entwurf neu vorgesehene **§ 9a GmbHG** enthält dazu Regelungen über die neue „vereinfachte Gründung“. Wie aus § 9a Abs 1 GmbHG hervorgeht, gelangen die Regelungen zumindest vorerst nur auf jene Ein-Personen-GmbH im Sinne des § 3 Abs 2 GmbHG zur Anwendung, deren einziger Gesellschafter eine natürliche Person ist und zugleich deren einziger Geschäftsführer ist. Das angestrebte Ziel der Vereinfachung der Gesellschaftsgründung hat einen hohen Preis. Der Gesetzgeber will auf Rechtsberatung gänzlich verzichten. Das ist einzigartig in der österreichischen Rechtsordnung.

Einen *Systembruch* bringt § 9a Abs 4 GmbHG mit sich. Demzufolge, bedarf die Erklärung über die Errichtung der Gesellschaft abweichend von § 4 Abs 3 GmbHG, der die sinngemäße Anwendung der Vorschriften über den Gesellschaftsvertrag und damit auch das Formerfordernis des Notariatsakts für Ein-Personen-GmbH anordnet, ausdrücklich nicht der Form des Notariatsakts, sondern hat in *elektronischer Form* zu erfolgen. Eine nähere Regelung über den Inhalt der Errichtungserklärung sowie die technischen Details betreffend die bei Abgabe der Erklärung einzuhaltende Vorgangsweise bleibt dem Bundesminister für Justiz als Verordnungsgeber vorbehalten.

Dies stellt einen Bruch mit der bisherigen Systematik des Kapitalgesellschaftsrechts dar, wonach bei GmbH und AG im Unterschied zu den Personengesellschaften (GesbR, OG, KG) der Gesellschaftsvertrag bislang immer in der Form des Notariatsaktes (§ 52 NO) beurkundet (oder zumindest solennisiert) werden musste (*Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 4 Rz 22*).

Nach herrschender Ansicht verfolgt die Notariatsaktpflicht nach § 4 Abs 3 GmbHG unterschiedliche Zwecke, unter anderem etwa die Gewährleistung von Rechtssicherheit, die Vergewisserung des Notars über Geschäftsfähigkeit und rechtsgeschäftlichen Willen der Parteien sowie die Rechtsbelehrung der Parteien durch den Notar, sodass die Allgemeinheit auf die Gültigkeit des beurkundeten Geschäfts vertrauen könne (*Nowotny, Zweck und Sinnhaftigkeit des Notariatsakts bei der GmbH-Gründung, AnwBl 2002, 255*).

Darüber hinaus diene der Formzwang auch dem Schutz der Gesellschafter, die anders als Gesellschafter einer Personengesellschaft, denen das persönliche Haftungsrisiko zumeist bewusst sei, davon ausgehen würden, dass sie überhaupt keine persönliche Haftung treffe, was aber verkürzt sei (*Aicher/Feltl in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 4 Rz 51; OGH 23.02.1989, 6 Ob 525/89 SZ 62/28*). Schließlich müsse der Gesellschafter einer GmbH gegebenenfalls die ausstehenden Einlagen seiner Mitgesellschafter aufbringen, was vielen nicht bewusst sei (*Aicher/Feltl in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 4 Rz 51*). In diesem Zusammenhang komme dem Notariatsakt auch eine gewisse *Warnfunktion* zu (*Nowotny, AnwBl 2002, 255 [256]*).

Dass die Formvorschriften bei Kapitalgesellschaftsgründungen ihrem Zwecke nach dem Schutz der Gesellschafter im Sinne einer Warnung der Parteien über die Gefahr ihrer unternehmerischen Tätigkeit dienen würden, wie vom OGH zur GmbH vertreten (OGH 13.12.1988, 4 Ob 631/88 SZ 61/269), wurde in der Literatur teilweise kritisiert (*Enzinger, Qualitative Deregulierung des Gesellschaftsrechts. Bemerkungen zu Fitz/Roth, Der Notar im Kapitalgesellschaftsrecht, JBI 2004, 334; Nowotny, AnwBl 2002, 255 [256]*). Insbesondere bleibe der OGH noch die Begründung schuldig, wovor die Gesellschafter eigentlich geschützt werden sollten, wenn sie schon nicht für die Schulden der Gesellschaft haften (*Enzinger, JBI 2004, 334*). Die Erläuternden Bemerkungen zum Entwurf (EB) gehen nun überhaupt nicht auf die bisherigen Standpunkte in Literatur und Rechtsprechung ein, was bei einer derart tiefgreifenden Änderung vor dem Hintergrund einer kohärenten Rechtsfortbildung doch wünschenswert gewesen wäre. Insbesondere verschweigen sie, dass bereits Anfang der 2000er Jahre in der Literatur Kritik an überholten Formvorschriften laut wurde und vorgeschlagen wurde, anstelle der Notariatsaktpflicht etwa bei Bargründungen, bei

denen das Stammkapital bei Gründung sogleich in voller Höhe einbezahlt wird, die einfache Schriftform für den Gesellschaftsvertrag treten zu lassen (*Nowotny*, AnwBl 2002, 255).

Auch die Verwirklichung dieses Vorschlags wäre sinnvoll gewesen, zumal der zur Rechtfertigung der Notariatsaktpflicht bei der Gründung der GmbH ins Treffen geführte Schutz der Gesellschafter vor einer eventuellen Haftung für die nicht bezahlten Einlagen von Mitgesellschaftern bei Bargründungen mit Volleinzahlung jedenfalls in den Hintergrund getreten wäre (*Nowotny*, AnwBl 2002, 255).

Der vorliegende Entwurf bleibt aber hinter den Ideen *Nowotnys* zurück, weil die Vorschriften über die vereinfachte Gründung nach § 9a GmbHG jedenfalls nur auf Gründungen von Ein-Personen-GmbH zur Anwendung gelangen.

Dabei übersieht der Gesetzgeber jedoch, dass es nicht unbedingt eines Notars bedürfte, eine Gesellschaft zu gründen, wenngleich durchaus der Rechtsberatung. **Die österreichische Rechtsanwaltschaft fordert, dass die durchaus diskutierbare Möglichkeit der elektronischen Gründung nicht an Kreditinstitute ausgelagert wird, sondern diese Möglichkeit ausschließlich Rechtsanwälten und Notaren eingeräumt wird.** In vielen Fällen zeigt sich nämlich, dass entgegen der grundsätzlichen Annahme der Unternehmensgründer ein hoher Beratungsbedarf besteht. Dieser Beratungsbedarf kann von Kreditinstituten natürlich nicht abgedeckt werden, sodass dem Unternehmer eigentlich vorgegaukelt wird, dass die Gründung eines Unternehmens eigentlich etwas ganz Einfaches ist, was „jeder kann“. Die vielfältigen Pflichten, die damit verbunden sind, werden inhaltlich aber nur von Rechtsanwälten und Notaren erklärt. Das hilft dem Wirtschaftsstandort Österreich geradezu programmierte Insolvenzen zu verhindern. Darauf zu verzichten, kann sich Österreich nicht leisten.

Zu beachten ist auch, dass die Wahl eines rechtlich zulässigen Firmenwortlauts nicht rechtskundigen Personen durchaus Schwierigkeiten bereiten kann. Wie aus den EB hervorgeht, ist es dem Gesetzgeber bewusst, dass dieses Problem in weiterer Folge virulent sein kann und sich im Zuge der Eintragung zu den Firmenbuchgerichten hin verlagern wird. Ob es aufgrund der somit voraussichtlich häufiger auftretenden Verbesserungsaufträge zu einer tatsächlichen Gründungsbeschleunigung kommen wird, ist fraglich. Wettbewerbsrechtliche Aspekte bleiben ganz außer Betracht.

Die eindeutige Identifizierung der an der GmbH-Gründung beteiligten Personen soll gleichfalls auf andere Weise als bisher erfolgen. Das Kreditinstitut soll anlässlich der Einzahlung der bar zu leistenden Stammeinlage auf ein Konto des zukünftigen Gesellschafter-Geschäftsführers dessen Identität nach den Maßgaben des § 40 BWG durch die persönliche Vorlage seines amtlichen Lichtbildausweises feststellen und überprüfen. Es soll auch seine Musterzeichnung einholen. **Das ist ein der Rechtssicherheit abträglicher Systembruch, der zu Verwerfungen führen wird.** War bisher sichergestellt, dass die Beglaubigung der Musterzeichnung Rechtssicherheit schafft, so ist das künftig nicht mehr gegeben.

Der bisherige Formzwang im Gesellschaftsrecht ist offenbar nach Ansicht des Gesetzgebers bereits überholt, sodass die österreichische Rechtsanwaltschaft

fordert, dass neben der Beurkundung durch Notare künftig auch Rechtsanwälte diese Funktion für eigene Klienten übernehmen dürfen.

Die Warnfunktion bzw Schutzfunktion des Notariatsaktes zugunsten der Gesellschafter können Rechtsanwälte genauso übernehmen: Die unterschiedlichen Risiken der verschiedenen Gesellschaftsformen können sicherlich nicht der einzige Grund für die verschiedenen Formvorschriften im Gesellschaftsrecht sein (*Nowotny*, AnwBl 2002, 255 [256]). Nach *Enzinger* spricht überdies das Faktum der formfreien Gründung von Personengesellschaften trotz der persönlichen, unbeschränkten und unbeschränkbar Haftung der Gesellschafter, vor dem Hintergrund der beschränkten Haftung bei Kapitalgesellschaften, gegen die Anerkennung der Warnfunktion als besonderem Schutzzweck der Formpflichten (*Enzinger*, JBl 2004, 334). Diese Überlegungen sollten auch in künftige kapitalgesellschaftsrechtliche Novellierungstendenzen einfließen.

Gleichsam über die Hintertüre wird **§ 10 GmbHG** geändert und Notaren die Möglichkeit eingeräumt, die einzubezahlende Stammeinlage auf einem Anderkonto entgegenzunehmen und danach an die Gesellschaft weiterzuleiten. Die Erläuterungen gehen mit keinem Wort auf die durchaus differenzierte Judikatur zur Haftung von Kreditinstituten für unrichtige Erklärungen gemäß § 10 GmbHG ein; ist diese Judikatur nun Makulatur? Können durch Einbezahlung beim Notar auf ein Anderkonto die Gläubigerschutzvorschriften umgangen werden, weil die Kapitalaufbringungs-vorschriften völlig durchlöchert werden? Oder aber treffen all diese Haftungen nun den Notar, der die einzubezahlende Stammeinlage auf seinem Anderkonto entgegennimmt? Wenn der Notar die Bestätigung ausstellt, wird er wohl auch die Konsequenzen einer unrichtigen Erklärung tragen (müssen).

Die österreichische Rechtsanwaltschaft fordert, dass diese Treuhandlösung auch für Rechtsanwälte, die genauso wie Notare fremdes Vermögen verwalten, geöffnet wird.

Der viel zitierte One-Stop Shop kann auch von Rechtsanwälten angeboten werden, überhaupt wenn Rechtsanwälte Gesellschaftsgründen wie Notare vornehmen könnten. Das aber führt zur abschließenden Forderung, das Gesellschaftsrecht und seine Formvorschriften zu durchforsten und durch zeitgemäße Formen zu ersetzen. Die österreichischen Rechtsanwälte sind seit langem dafür bereit, Verantwortung zu übernehmen.

Änderung des Notariatstarifgesetzes und des Gerichtsgebührengesetzes:

Gegen die Änderungen des Notariatsgesetzes und des Gerichtsgebührengesetzes ist aus Sicht der Rechtsanwaltschaft nichts einzuwenden.

Die Ausweitung des vergünstigten Tarifs nach § 5 Abs 8a NTG kann durchaus vielen (Neu-)Gründern zu Gute kommen und möglicherweise zu einem aus wirtschaftlicher Sicht wünschenswerten „*Gründungsboom*“ führen. Aus Sicht der Rechtsanwaltschaft ist dies gutzuheißen.

Den Klarstellungen im Gerichtsgebührengesetz ist vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs nichts hinzuzufügen.

Wien, am 30. November 2016

DER ÖSTERREICHISCHE RECHTSANWALTSKAMMERTAG


Dr. Rupert Wolff
Präsident

