

EM. O. UNIV.-PROF. DR. HEINZ KREJCI
INSTITUT FÜR UNTERNEHMENS- UND WIRTSCHAFTSRECHT
RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT
UNIVERSITÄT WIEN

An das
Präsidium des Nationalrats
per e-mail an: begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

Bundesministerium für Finanzen
per e-mail an: michael.spindelegger@bmf.gv.at
g.mayr@bmf.gv.at

Bundesministerium für Justiz
per e-mail an: wolfgang.brandstetter@bmj.gv.at
georg.kathrein@bmj.gv.at
sonja.bydlinski@bmj.gv.at

Betrifft: **Stellungnahme zum Entwurf des Abgabenänderungs-
gesetzes 2014, Art 24 Änderung des GmbHG, im Rah-
men des Begutachtungsverfahrens**

Wien, am 20.01.2014

Sehr geehrte Abgeordnete zum NR,
Sehr geehrter Herr Bundesminister für Finanzen,
Sehr geehrter Herr Bundesminister für Justiz,
Sehr geehrter Herren Sektionschefs!

Grundsätzliches

An sich befremdet es, dass Änderungen im Gesellschaftsrecht vor allem aus finanzpolitischen Gründen vorgenommen werden. So war schon bedenklich, dass der Gesetzgeber mehr als drei Jahre lang Reformmaßnahmen im GmbH-Recht vor allem deshalb nicht durchführen konnte, weil das BMF nicht auf die Einnahmen aus der Mindest-KÖSt verzichten wollte. Nicht minder bedenklich ist, dass, nachdem dieser Widerstand im Jahre 2013 aufgegeben und die GmbHG-Nov 2013, BGBl I Nr. 109/2013, verabschiedet wurde, nunmehr erneut der Finanzbedarf des Fiskus als maßgebliche politische Kraft einer neuerlichen Änderung des GmbHG fordert. Ohne der Bedeutung des Finanzressorts auch nur im Geringsten nahetreten zu wollen, bedeuten derartige, vor allem finanzpolitisch

motivierte Eingriffe in das Gesellschaftsrecht, dass hier – mit Verlaub – „der Schwanz mit dem Hund wedelt“.

So befremdlich der nunmehr geplante Schritt einer Revision der GmbHG-Nov 2013 nach so kurzer Zeit sein mag, so hat er doch gesellschaftsrechtlich sein Gutes. Denn das, was der Gesetzgeber 2013 als „GmbH-Reform“ schuf, war in mehrfacher Hinsicht verfehlt und daher erheblicher Kritik ausgesetzt. Denn – anders als der ursprünglich im BMJ erarbeitete Entwurf – sah er im Wesentlichen lediglich vor, dass das Mindeststammkapital von 35.000 Euro, ein Betrag, der auf die GmbHG-Nov 1980 zurückgeht, auf 10.000 Euro abgesenkt wurde, wobei 5.000 Euro als im Voraus einzuzahlender Betrag genügen. Damit wurde das Mindeststammkapital im Ergebnis auf jenen Betrag gesenkt, der *cum grano salis* bereits vor 1980 relevant und als viel zu niedrig erkannt wurde.

Während der ursprüngliche Entwurf des BMJ durchaus vorsah, dass zwar die Gründung der GmbH erheblich erleichtert werden, im Laufe der Zeit jedoch eine Ansparung des bisherigen Mindeststammkapitals aus rückzustellenden Gewinnanteilen erfolgen sollte¹, gelang es in der Folge vor allem der WKO, alle „Gegengewichte“ zur Absenkung des Mindeststammkapitals aus dem ursprünglichen Entwurf des BMJ zu streichen und so die GmbH uneingeschränkt und somit radikal zum Nachteil der Gläubiger zu verbilligen.

Die heftige Kritik an dieser Regelung² hielt den Gesetzgeber – unter zT verfehltem Hinweis auf ausländische Vorbilder – nicht davon ab, einen bemerkenswerten Paradigmenwechsel im GmbH-Recht herbeizuführen. War es dem Gesetzgeber 1906 noch selbstverständlich, dass das kapitalgesellschaftsrechtliche Trennungsprinzip, das zur Befreiung der Gesellschafter von der persönlichen Haftung für Gesellschaftsverbindlichkeiten führte, insofern eingeschränkt blieb, als die Gesellschafter wenigsten im Ausmaß des Wertes eines Einfamilienhauses für Gesellschaftsverbindlichkeiten persönlich haftpflichtig bleiben sollten, so stand man nunmehr auf dem Standpunkt, dass es einem Unternehmer der heutigen Zeit, der in der Rechtsform der GmbH sein Unternehmen führt, geradezu unzumutbar sei, für sein eigenes Unternehmerrisiko mit eigenem Kapital eintreten zu

¹ Vgl dazu *Krejci*, Neuere Entwicklungen im österreichischen Gesellschaftsrecht – speziell zur GmbH- und GesBR-Reform, FS Jud [2012] 377 ff.

² Sie überwog im Begutachtungsverfahren bei Weitem; vgl dazu insbesondere ausführlich *Krejci*, Zum Entwurf des GesRÄG 2013 – Die verbilligte GmbH verführt zur Unterkapitalisierung, erhöht die Insolvenzgefahr und schadet den Gläubigern, GES 2013/4, 171 ff; *derselbe*, Das GmbH-Mindestkapital soll doch noch in dieser Legislaturperiode auf EUR 10 000 gesenkt werden, GES 2013, 113 f.

müssen. Auch ein späteres „Ansparen“ eines höheren Mindeststammkapitals aus erzielten Gesellschaftsgewinnen wird als für heutige Unternehmer zu drückend erachtet. Wenn der Unternehmer mit seiner Billig-GmbH also infolge wirtschaftlichen Unglücks scheitert, so soll nicht er in seine Tasche greifen müssen, sondern es sollen die Gläubiger das Nachsehen haben. Dabei sind auch 35.000 Euro Mindeststammkapital in vielen Fällen ohnehin ein bescheidener Haftungsbetrag; er dient aber immerhin dazu, absolute Habenichtse von einem Marktauftritt in der Rechtsform der GmbH abzuhalten. Daher lag der Gedanke nahe, die Gesellschafter, wenn man ihnen schon die Gründung einer GmbH erleichtert, denn doch anzuhalten, aus erwirtschafteten Gesellschaftsgewinnen das bisher vorgeschriebene Mindeststammkapital anzusparen. Dies aber lehnt die GmbHG-Nov 2013 ab.

Zugleich ermöglicht die GmbHG-Nov 2013 etwas überaus Missbilligenswertes: Sie erlaubt den Gesellschaftern, bestehende GmbHs durch Kapitalherabsetzungen bis auf 10.000 Euro „auszuräumen“, also das bisher höhere Eigenkapital radikal zu mindern; dies in einer Zeit, in der immer wieder beklagt wird, dass die Unternehmen eine zu geringe Eigenkapitaldecke aufweisen.

Die *nunmehr geplante* GmbH-„Gegenreform“ 2014 kehrt beifallswert zum ursprünglichen Gedanken zurück, der im Wesentlichen auch dem deutschen MoMiG entspricht, das neben der bisherigen GmbH auch eine billig gründbare „Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)“ einführt. Zugleich soll die Möglichkeit für alte GmbHs beseitigt werden, ihr bisher höheres Stammkapital auf 10.000 Euro abzusenken.

Dieser „Rückbau“, der zwar nach wie vor eine günstige GmbH-Gründung mit einem vorweg einzuzahlenden Betrag von lediglich 5.000 Euro und einem vorläufig verminderten Haftungsbetrag von insgesamt 10.000 Euro ermöglicht, dessen ungeachtet aber am Ziel, ein Mindeststammkapital von 35.000 Euro sukzessive aufzubauen, festhält, ist also nicht nur aus finanzpolitischen Gründen zweckmäßig, *sondern bedeutet auch GmbH-rechtlich die Korrektur eines gesellschaftsrechtspolitischen Fehlers und ist insofern zu begrüßen.*

Einzelnes

Zu § 6 Abs. 1 und § 10 Abs. 1:

Das Mindeststammkapital ist nunmehr wieder für alle GmbHs 35.000 Euro, von denen jedenfalls 17.500 Euro vorweg einzuzahlen sind. Damit ist die Höhe des

Mindestkapitals wieder auf die Werte angehoben, die vor der GmbH-Nov 2013 gegolten haben. Das ist zu begrüßen.

Wenn dennoch bei Inanspruchnahme der „Gründungsprivilegierung“ eine Vorweg-Einzahlung von 5.000 Euro genügt und eine persönliche Haftungsbeschränkung bis zur Höhe von 10.000 Euro vereinbart werden kann, so tangiert dies nicht die Grundregel über das Mindestkapital in Höhe von 35.000 Euro und über die Vorweg-Einzahlung von 17.500 Euro.

Zu § 10b Abs 1:

Es verdient Beifall, dass die Gründungsprivilegierung *nur bei neuen Gesellschaftsverträgen*, nicht aber in Abänderung bereits bestehender Gesellschaftsverträge möglich sein soll. Diese Regelung versperrt in Zukunft die Möglichkeit unerwünschter Kapitalherabsetzungen.

Zu § 10b Abs 2 und 3:

Aus dieser Regelung ergibt sich iVm §§ 6 Abs 1 und 10 Abs 1, dass gesellschaftsvertraglich die Mindesteinzahlung auf 5.000 Euro vermindert und überdies für die ersten 10 Jahre die darüber hinausgehende persönliche Haftung der Gesellschafter auf insgesamt 10.000 Euro abgesenkt werden kann. Wird die zweite Vereinbarung nicht getroffen, bleibt es trotz der verbilligten Gründung mit 5.000 Euro bei der persönlichen Haftung für weitere 30.000 Euro. Diese Konsequenz wird nur dem erkennbar, der sich etwas eingehender mit der Formulierung des Abs 3 auseinandersetzt.

Man könnte auch eine einfachere Lösung ins Auge fassen und einfach eine Mindesteinzahlung von 10.000 Euro verlangen. Dies würde aber den ohnehin schon bestehenden heftigen Widerstand all jener, die durch den Rückbau der GmbHG-Nov 2013 schwer enttäuscht sind, noch weiter anstacheln, weil dann die Gründung mit einer Voraus-Einzahlung von bloß 5.000 Euro zunichte gemacht würde. Darauf sollte wohl aus rechtspolitisch-strategischen Gründen Rücksicht genommen werden.

Davon abgesehen empfiehlt sich aber eine *Umformulierung der Abs 2 und 3* dahingehend, dass im Gesellschaftsvertrag eine Gründungsprivilegierung vereinbart werden kann, derzufolge eine „gründungsprivilegierte Stammeinlage“ das gesetzliche Mindeststammkapital (§ 6 Abs 1) unterschreiten darf, jedenfalls aber 10.000 Euro betragen muss, wobei in Abweichung von § 10 Abs 1 zweiter Satz

mindesten 5.000 Euro vor Anmeldung in bar eingezahlt sein müssen. Ferner sollte festgehalten werden, dass in diesen Fällen Sacheinlagen ausgeschlossen sind.

Die Absätze 2 und 3 führen dazu, dass einerseits das *Mindeststammkapital* unverbrüchlich 35.000 Euro beträgt, die *persönliche Haftung* der Gesellschafter aber dennoch auf 10.000 Euro beschränkt werden kann.

Diese Regelung setzt den *Begriff des „Mindeststammkapitals“* einer erheblichen Belastungsprobe aus. Denn einerseits sollen dem Fiskus schon ab Gründung Steuereinnahmen auf Basis eines Mindeststammkapitals von 35.000 Euro zufließen; andererseits aber sollen die Gesellschafter, solange die „Gründungsprivilegierung“ währt, nicht über 10.000 Euro hinaus einzahlungspflichtig und damit haftpflichtig sein. Um das *finanzpolitische* Ziel zu erreichen, ist also erforderlich, dass trotz aller „Gründungsprivilegierung“ das Mindeststammkapital von Anfang an 35.000 Euro beträgt. Um das *gesellschaftsrechtspolitische* Ziel zu erreichen, soll dieses Mindeststammkapital aber für eine Zeit von 10 Jahren gerade jene Konsequenz nicht nach sich ziehen, die mit einem Mindeststammkapital wesentlich verbunden ist: nämlich die Verpflichtung der Gesellschafter, dieses Kapital einzuzahlen und, soweit dies nicht geschieht, im Ausmaß des noch ausstehenden Restbetrages persönlich zu haften. Liegt aber gerade im Einzahlungs- und Haftungsgebot das Wesen des Mindeststammkapitals, so spricht eine Einzahlungs- und Haftungsbeschränkung auf 10.000 Euro prima facie dafür, dass gesellschaftsrechtlich das Mindeststammkapital im eigentlichen Sinn vorerst nur 10.000 Euro beträgt. Dies erweckt prima facie den Eindruck, dass der Gesetzgeber gesellschaftsrechtlich mit einem erheblich verfremdeten Mindeststammkapitalbegriff arbeitet. Denn in Wahrheit ist ein Mindeststammkapital, für das die Gesellschafter nicht persönlich haften, kein Mindeststammkapital, weil ja gerade in dieser Haftung das Wesen des Mindeststammkapitalbegriffes liegt.

Dem Einwand, gesellschaftsrechtlich diesen Begriff zu denaturieren, kann allerdings – freilich nur in gewisser Weise – begegnet werden. Denn in Absatz 5 verpflichtet der Gesetzgeber die Gesellschafter schon von Anfang an dazu, mindestens ein Viertel des Jahresüberschusses, gemindert um einen Verlustvortrag und unter Berücksichtigung der Veränderung unverteuerter Rücklagen als „Gründungsrücklage“ in der Gesellschaft zu belassen. Dies dient der „Sicherstellung der Leistung nicht voll eingezahlter Stammeinlagen“. Damit sind aber nicht bloß die 10.000 Euro der „Gründungsprivilegierung“, sondern sehr wohl die 35.000 Euro des generellen Mindeststammkapital gemeint. Insofern strahlt also das gesetzlich vorgeschriebene Mindeststammkapital bereits auf die Phase der „Grün-

„Gründungsprivilegierung“ aus und es erscheint vertretbar, auch gesellschaftsrechtlich von einem Mindeststammkapital von 35.000 Euro zu sprechen, mögen seine Konsequenzen in den ersten 10 Jahren auch nur bescheiden sein. An die Stelle einer anfänglichen persönlichen Haftung für 35.000 Euro tritt die „Ansparpflicht“. Eines lässt sich dennoch nicht leugnen: Dem eigentlichen Begriff des Mindeststammkapitals entspricht das vorläufige Ersetzen der persönlichen Haftung der Gesellschafter durch die „Ansparpflicht“ nicht. Ist man allerdings begrifflich etwas großzügig, so mag die gesellschaftsrechtliche Modifikation des überkommenen Begriffes des Mindeststammkapitals durch seine Ausdehnung auf die Fälle der „Ansparpflicht“ noch allemal angehen.

Zu § 10b. Abs 4:

Schon 2013 wurde gefordert, dass jene GmbHs, die sich mit einer Einzahlungs- und Haftungspflicht der Gesellschafter von 10.000 Euro begnügen, im Geschäftsverkehr einen entsprechenden Firmenzusatz führen sollen. Auch dies wurde damals als diskriminierend abgelehnt, obwohl hier doch lediglich vermieden werden sollte, Ungleiches gleich zu behandeln. Nunmehr ist erfreulicherweise vorgesehen, dass solche Gesellschaften den Firmenzusatz „GmbH (Gründungsprivilegiert)“ führen müssen.

Aus Gründen der Warnfunktion dieses Firmenzusatzes erscheint es zumindest vorerst zweckmäßig, eine Abkürzung des Wortes „Gründungsprivilegiert“ nicht ins Auge zu fassen, weil der Geschäftsverkehr diesen neuen Firmenzusatz noch nicht kennt und eine Abkürzung (zB „gp“ oder „grpriv“) weniger der Warnung als der Verwirrung dienen würde.

Eine derartige Warnfunktion ist geboten, weil im Firmenbuch die Gründungsprivilegierung nicht ersichtlich ist; beträgt das Mindeststammkapital ja wie bei allen anderen GmbHs auch bei den Gründungsprivilegierten 35.000 Euro. Wer aber aus dem Firmenbuch nicht erkennen kann, dass er es hier mit einer Gründungsprivilegierten GmbH zu tun hat, muss auf andere Weise auf diesen Umstand hingewiesen werden. Es könnte freilich auch erwogen werden, eine Firmenbucheintragung der Gründungsprivilegierung ins Auge zu fassen, doch würde dies eine Änderung der Firmenbuchvorschriften mit sich bringen. Außerdem ist ein Firmenzusatz im Geschäftsverkehr effektiver, weil ja viele Teilnehmer am Geschäftsverkehr im Kontakt mit GmbHs nicht das Firmenbuch konsultieren.

Zu § 10b. Abs 5:

Das „Ansparmodell“ hat sein Vorbild im deutschen MoMiG und entspricht auch den ursprünglichen rechtspolitischen Intentionen vor der überraschenden Kürzung des Entwurfes im Jahre 2013.

Die „Anspargrenze“ bei 17.500 Euro zu ziehen, entspricht der Gleichbehandlung der gründungsprivilegierten GmbHs mit den „normalen“.

Ein Hinweis auf § 224 Abs 3 und § 229 Abs 7 UGB ist empfehlenswert.

Zu § 10b. Abs 6:

Dass die Gründungsprivilegierung jederzeit durch eine entsprechende Änderung des Gesellschaftsvertrages beendet werden kann, liegt nahe; Gleiches gilt für die Voraussetzung, dass diesfalls mindestens 17.500 Euro auf die Stammeinlagen geleistet worden sein müssen. Aus dieser Regelung geht hervor, dass das Ansparen von 17.500 Euro nicht automatisch zu einem Fortfall der Gründungsprivilegierung führt, sondern ein entsprechender Gesellschafterbeschluss erforderlich ist. Da es um eine Änderung des Gesellschaftsvertrages geht, ist das für Vertragsänderungen erforderliche Stimmquorum erforderlich.

Die Gründungsprivilegierung endet automatisch spätestens 10 Jahre nach der Eintragung der Gesellschaft im Firmenbuch. Die Frist hätte auch etwas kürzer ausfallen können, doch ist die gewählte Großzügigkeit vertretbar. Problematisch erscheint jedoch, dass der Entwurf keine Sanktion für den Fall vorsieht, dass die Gesellschafter nichts unternehmen, um ihren Status der Gründungsprivilegierung zu ändern. Sie haben nicht genug angespart und sind auch nicht bereit, aus Eigenmitteln die Stammeinlagen auf mindestens 17.500 Euro aufzustocken. Hier sollte überlegt werden, ob es nicht doch angemessen ist, die Gesellschaft für den Fall mangelnder Aufstockung von Amts wegen auflösen zu lassen. Zumindest die Möglichkeit dazu sollte dem Gericht eingeräumt werden.

Zu § 127 Abs 14:

Ein Sonderproblem stellen jene GmbHs dar, die bereits gemäß GmbHG-Nov 2013 gegründet worden sind. Sie kennen ein gesetzliches Mindeststammkapital von 10.000 Euro. Der Entwurf unterstellt auch diese Billig-Gesellschaften der neuen (alten) Mindeststammkapitalregel und ordnet an, dass sie innerhalb von 10 Jahren eine entsprechende Kapitalerhöhung durchzuführen haben. Bis dahin

ist eine „Kapitalaufstockungsrücklage“ zu bilden, die jener der „Gründungsrücklage“ gründungsprivilegierter GmbHs entspricht.

Es ist nachvollziehbar, dass sich die Gründer, die eine GmbH gemäß der GmbHG-Nov 2013 ausschließlich angesichts der Vergünstigungen, die ihnen diese Neuregelung geboten hat, ins Leben gerufen haben, in ihrem Vertrauen darauf enttäuscht sehen, dass diese Gesetzeslage bis auf Weiteres halten wird. Dennoch wäre es befremdlich, diese Gesellschaften vom neuen Regime auszunehmen und sie mit einem Mindeststammkapital von 10.000 Euro unverändert fortbestehen zu lassen. Die neue (alte) Regelung über das Mindeststammkapital und die Mindestzahlungspflicht muss vielmehr konsequenterweise auch für die nach der GmbHG-Nov 2013 gegründeten GmbH gelten. Da gemäß § 10b Abs 1 des Entwurfes eine Änderung des gemäß der GmbH-Nov 2013 geschlossenen (und somit bereits vorhandenen) Gesellschaftsvertrages nicht vorgesehen ist, bleibt nur ein Ex-lege-Eingriff in diese Verträge.

Alles in allem ist der vorliegende Entwurf zu begrüßen und daher zu hoffen, dass es dem Gesetzgeber gelingen mag, ihn – mit oder ohne den vorgeschlagenen Änderungen – trotz des Widerstandes, auf den er bei den Protagonisten der GmbHG-Nov 2013 stößt, umzusetzen.

Em. o. Univ.-Prof. Dr. Heinz Krejci