

DR. CHRISTIAN ZIB
INSTITUT FÜR
UNTERNEHMENS- UND WIRTSCHAFTSRECHT
UNIVERSITÄT WIEN – JURIDICUM

A-1010 Wien, Schottenbastei 10–16
+43/1/4277-35210 (35203), eFax: +43/1/4277-835210
christian.zib@univie.ac.at

An das Präsidium des Nationalrates
begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

An das Bundesministerium für Finanzen
e-Recht@bmf.gv.at

Datum: 30. November 2016

Betrifft: Stellungnahme zum Gesetzesentwurf eines Deregulierungsgesetzes 2017 – Teil BMF/BMJ/
BMFJ; GZ BMF-112800/0001-I/4/2016

Zu Art 6 Z 1 (§ 9a GmbHG):

Mit dem Entwurf würde die notarielle Form für die vereinfachte Gründung von Einpersonen-GmbH mit Minimal-Gesellschaftsvertrag (§ 9a Abs 3 GmbHG) aufgegeben. Dies ist – was auch von seiten des HG Wien schon hervorgehoben wurde¹ – unter den Aspekten eines Minimums an Rechtsberatung und der Identitätsprüfung als problematisch einzustufen.

Formpflicht und Formzweck beim GmbH-Gesellschaftsvertrag wurden bereits breit und mit durchaus unterschiedlichen Standpunkten diskutiert, überwiegend wird der Formpflicht aber doch ein Vorabkontroll- und Informationszweck zugeordnet, ua weil die GmbH das gesetzliche Etikett „mit beschränkter Haftung“ trägt, aber – oft gegen die Erwartungen der Gründer – eine weitergehende Haftung entstehen kann, und zwar auch bei der Einpersonen-GmbH (Einlagenrückgewähr, Unterkapitalisierung, Insolvenzverschleppungshaftung ua). Dies ändert sich nicht dadurch, dass der Gesellschaftsvertrag auf eine Minimalerklärung reduziert wird (§ 9a Abs 3 GmbHG).

Haftungsfragen werden bei der Gründung zunächst noch verdeckt bleiben, als Soforteffekt ist aber zu befürchten, dass die Auswahl einer korrekten (zB hinreichend unterscheidungskräftigen) Firma die Eintragung nicht selten verzögern wird. Eine Hilfestellung durch die Firmenbuchgerichte wird dort an Kapazitätsgrenzen scheitern.

In Deutschland wurde die notarielle Form nach Diskussion auch im MoMiG für die vereinfachte Gründung und die „Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)“ („Ein Euro-GmbH“) beibehalten (§§ 2, 5a dGmbHG).

¹ Präsidentin des HG Wien *Wittmann-Tiwald*, Die Presse vom 13.7.2016,
http://diepresse.com/home/wirtschaft/recht/5049651/Firmenbuch_Das-elektronische-Vierteljahrhundert.

Problematisch erscheint auch die vorgesehene **Identitätsfeststellung** bei Errichtungserklärung und Firmenbuchanmeldung:

Als Gesellschafter und Geschäftsführer tritt vor dem Notar nicht selten ein geschäftsfremder und mittelloser Bürger eines Drittlands auf, der zuweilen auch gar nicht mehr auffindbar ist, etwa weil der Pass gefälscht war.² Derartige Missbräuche sind bereits jetzt möglich, sollten aber nicht erleichtert werden.

Gerade die am einfachsten gründbaren special purpose vehicles für Wirtschaftskriminalität – Einpersonen-GmbH mit Minimalkapital und Minimal-Gesellschaftsvertrag (§ 9a Abs 3 GmbHG) – wären künftig mit einer geminderten Identitätskontrolle zugänglich.

Die Identitätsprüfung ist nach dem Entwurf in zwei Teile zerlegt: Die Bank prüft bei Einzahlung der Stammeinlage physisch die Identität des Gründers (§ 9a Abs 6 GmbHG). Bei der späteren Errichtungserklärung und Firmenbuchanmeldung wird aber nur mehr sichergestellt, dass jemand handelt, der Zugriff auf das Passwort der Handy-Signatur (oder die sonstigen Signaturerstellungsdaten) des Gründers und die SIM-Karte des zugehörigen Mobiltelefons hat. Erfolgt die Einzahlung der Stammeinlage bei bestimmten Banken, so genügt stattdessen die Kenntnis der Zugangsdaten des Gründers zum Online-Banking, weil damit eine Handy-Signatur online freigeschaltet werden kann, ohne dass eine weitere physische Identitätsprüfung stattfindet.³ Bei Auswahl einer „geeigneten“ Vorgangsweise ist daher die Handy-Signatur, mit der die Errichtung und Firmenbuchanmeldung der GmbH vorgenommen wird, nicht unter eigenständiger physischer Identitätsprüfung ausgestellt worden. Ein vorgeschobener Gründer muss dann nur bei Kontoeröffnung samt Einzahlung physisch auftreten (und im Melderegister eingetragen sein). Die spätere Errichtung der GmbH und ihre Anmeldung zum Firmenbuch können mit weitergegebenen Daten der Handy-Signatur oder auf Basis der Zugangsdaten zum Online-Banking erfolgen.

Dies resultiert aus dem Wesen der elektronischen Signatur, Identifikationsmerkmale in die Obhut des Signators zu geben (§ 5 SVG), was im Regelfall die Zurechenbarkeit damit erstellter elektronischer Signaturen erzeugt. Dies ist für den privatrechtlichen E-Commerce geeignet, weil es dort um Rechtsscheinzurechnung geht, und mag auch für weniger sensible Bereiche des E-Government eingesetzt werden. Eine Identitätsfeststellung liegt in der späteren Signierung aber nicht.

Freilich kann auch bei physischer Identitätsprüfung ein gefälschter Reisepass oder ein sonst vorgeschobener Gründer eingesetzt werden, doch kann die einmal festgestellte Identität nicht weitergegeben werden, während dies bei der Handy-Signatur sehr einfach möglich ist. Ist eine Handy-Signatur einmal freigeschaltet, so kann – die Frage möglicher Hacker-Attacken (Phishing) sei hier ausgeklammert – bei Weitergabe des Passworts jedermann sie verwenden, selbst unübersehbare Abweichungen von Geschlecht, Alter etc sind dann nicht mehr erkennbar.

² Vgl nur *Rebhahn*, ÖJZ 2016, 901 (906 FN 60).

³ www.handy-signatur.at/hs2/#!/infos/getyourhandysignatur (sub „Bankident (via Postserver)“).

Es ist daher sehr fraglich, ob bei einer Errichtungserklärung und Firmenbuchanmeldung mit Handy-Signatur (selbst bei früherer Identitätsprüfung durch die Bank bei Einzahlung der Stammeinlage) „die Identität des Gesellschafters zweifelsfrei festgestellt werden kann“, wie der Entwurf dies vorsieht (§ 9a Abs 4 und 5), und eine dem bisherigen Niveau „gleichwertige Lösung gefunden wird, die dem Präventionserfordernis im Hinblick auf Wirtschaftskriminalität gerecht wird“ (ErläutME 5). Gemessen am bisherigen Verständnis einer Identitätsfeststellung ist dies nicht der Fall.

Freilich kann der Gesetzgeber entscheiden, welcher Grad an Wahrscheinlichkeit der Identität ihm im jeweiligen Sachzusammenhang hinreichend erscheint. Er kann daher auch entscheiden, dass in den Geldwäscheregelungen für Banken das Fehlen physischer Anwesenheit des Kunden ein erhöhtes Risiko bildet (§ 40b Abs 1 BWG), aber dennoch eine Online-Identifikation durch qualifizierte elektronische Signatur oder Referenzüberweisung vom Konto einer EWR-Bank genügt (§ 40b Abs 1 Z 1 BWG, § 6 Abs 4 der RV zum FM-GwG). Das sollte aber nicht noch ausgeweitet werden. Zu bedenken ist, dass bei GmbH-Gründungen Schäden aus einer Absenkung des Identitätsprüfungs-Standards auch direkt vom Publikum (Insolvenzgeschädigte) getragen werden müssen.

(ao Univ.-Prof. Dr. Christian Zib)