



Bundesvertretung  
Richterinnen und Richter,  
Staatsanwältinnen und  
Staatsanwälte

An das  
Präsidium des Nationalrates  
([https://www.parlament.gv.at/PERK/BET/V  
PBEST/#AbgabeStellungnahme](https://www.parlament.gv.at/PERK/BET/V<br/>PBEST/#AbgabeStellungnahme))

Bundesministerium für Justiz  
GZ: 2023-0.340.690  
team.z@bmj.gv.at

Wien, am 6. Juli 2023

**Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem ein Bundesgesetz über die Flexible Kapitalgesellschaft oder Flexible Company (Flexible Kapitalgesellschafts-Gesetz – FlexKapGG) erlassen wird und mit dem das GmbH-Gesetz, das Firmenbuchgesetz, das Rechtspflegergesetz, das Notariatstarifgesetz, das Rechtsanwaltsstarifgesetz sowie das Wirtschaftliche Eigentümer Registergesetz geändert werden (Gesellschaftsrechts-Änderungsgesetz 2023 – GesRÄG 2023)**

Zum genannten Gesetzesvorhaben nimmt die Bundesvertretung Richterinnen und Richter sowie Staatsanwältinnen und Staatsanwälte in der Gewerkschaft öffentlicher Dienst (GÖD) Stellung wie folgt:

Erklärtes Ziel des Entwurfs ist die Verringerung des wirtschaftlichen Risikos von Gesellschafter:innen einer GmbH durch Absenkung des GmbH-Mindeststammkapitals auf € 10.000 und die Einführung einer neuen österreichischen Kapitalgesellschaftsform, der „FlexKapG/FlexCo“.

Schmerlingplatz 11, Postfach 26, A-1011 Wien  
T +43 1 52152 303644, F +43 1 52152 303643  
ute.beneke@justiz.gv.at

**zu Artikel 1 (Bundesgesetz über die Flexible Kapitalgesellschaft oder Flexible Company - Flexible Kapitalgesellschafts-Gesetz – FlexKapGG):**

zu § 2:

Die Firma der neu geschaffenen Gesellschaftsform Flexible Kapitalgesellschaft soll als Rechtsformzusatz die Bezeichnung „Flexible Kapitalgesellschaft“ oder „flexible company“ oder eine Abkürzung „FlexKapG“ oder „FlexCo“ zu enthalten haben. Hingewiesen wird darauf, dass die Bezeichnung „flexible company“ insoweit irreführend ist, als das österreichische Unternehmensrecht bis dato keine englischsprachigen Gesellschaftsformen kennt und in englischsprachiger Form derzeit nur inländische Zweigniederlassungen ausländischer Rechtsträger (so etwa britische „limiteds“) im österreichischen Firmenbuch eingetragen sind.

zu § 12:

Die Gründung einer flexiblen Kapitalgesellschaft erfordert (mit Ausnahme einer vereinfachten Gründung nach § 9a GmbHG) einen Notariatsakt; ebenso ist für Änderungen des Gesellschaftsvertrags sowie für Umgründungen (wie Verschmelzungs-, Spaltungs- und Umwandlungsbeschluss) aufgrund des Verweises auf das GmbHG (§ 1 Abs 2 des Entwurfs) eine notarielle Beurkundung erforderlich. Hingegen sieht § 12 des Entwurfs für die Übertragung von Geschäftsanteilen eine „abgeschwächte“, im österreichischen Recht gänzlich neue Formvorschrift sui generis, nämlich eine unter notarieller oder anwaltlicher Mitwirkung errichtete Privaturkunde vor. Dass damit eine höhere Flexibilität im Vergleich zur Rechtsform der GmbH erreicht wird, mag allenfalls zutreffen, vor allem dann, wenn die Vereinbarung zur Anteilsübertragung in einer Fremdsprache abgeschlossen wird. Allerdings berücksichtigt der Entwurf nicht, dass die bei der Übertragung von Geschäftsanteilen gem § 76 Abs 2 Satz 1 GmbHG geltende Formvorschrift des Notariatsaktes (welche auch für Vereinbarungen über die künftige Abtretung eines Geschäftsanteils gilt) für die Sicherstellung eines funktionierenden und sicheren Wirtschafts- und Rechtsverkehrs ganz entscheidende Schutzzwecke verfolgt: So ist nach hM nicht nur die „Immobilisierung“ der Geschäftsanteile, also die Unterbindung der

Umlauffähigkeit der Geschäftsanteile im Handelsverkehr, insbesondere im Börseverkehr (vgl. *Reich/Rohrwig* in *ecolex* 1990, 546 ff), sondern vor allem auch der Schutz vor Übereilung und die Klarstellung bzw. Publizität der jeweiligen Gesellschafterstellung für die Gesellschaftsorgane und die übrigen Gesellschafter (vgl. 4 Ob 99/99h ua) von Bedeutung. Der Sinn des Schutzes vor einem übereilten Erwerb eines Geschäftsanteils wird von der Rechtsprechung darin gesehen, dass der Interessent vor dem Erwerb einer Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft, deren Gebärungskontrolle gegenüber der Aktiengesellschaft für die Öffentlichkeit oft weniger einsichtig bleibt, zu reiflicher Überlegung angehalten werden soll (6 Ob 640/91, 6 Ob 525/89; 5 Ob 41/01t). Der Notariatsakt soll dabei dem Erwerber die Risiken, die mit einem Erwerb einer Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft einhergehen, bewusst machen. Es geht darum, dass sich der Erwerber mit dem Kaufobjekt als solchem und den damit üblicherweise verbundenen Gefahren auseinandersetzt (5 Ob 41/01t). Weiters ist der Errichtung eines Notariatsakts bei sonstiger Nichtigkeit ein:e beidete:r Dolmetscher:in beizuziehen, wenn der Notariatsakt in einer Sprache aufgenommen wird, welcher eine der Parteien nicht kundig ist (§ 63 Abs 1 NO; 6 Ob 167/17b). Der Notariatsakt sowie seine Beilagen müssen – ebenfalls mit Nichtigkeit sanktioniert - verlesen werden (6 Ob 122/21s uva). Ferner darf der/die beurkundende Notar:in oder dessen/deren Ehegatte:in/Lebensgefährte:in am Geschäft nicht beteiligt oder Organ der betreffenden Gesellschaft sein (§ 33 NO; 1 Ob 14/4m; vgl. auch § 12 Abs 4 des Entwurfes [jedoch nur auf die urkundenserrichtende Notarin bzw. Rechtsanwältin bezogen]). Soweit es im Entwurf zum Entfall der Notariatsaktpflicht für die Übertragung von Geschäftsanteilen an einer FlexCo kommen soll, würde diese umfassende Prüfung durch unparteiische (vgl. § 53 NO) Notar:innen hinsichtlich der genannten, für die Sicherheit im Rechtsverkehr durchaus hoch relevanten Formalitäten wegfallen. Es sollte explizit klargestellt werden, dass der an der Errichtung der betreffenden Urkunde mitwirkende Notar oder Rechtsanwalt – über die im Entwurf enthaltenen Belehrungspflichten hinaus – selbstverständlich ebenfalls unparteiisch zu agieren hat. Denn die im Entwurf als „Ausgleich“ vorgesehene anwaltliche Belehrungspflichten können u.U. (insb. bei ständig aufrechter Mandatierung) dann zu einem (wenn auch nur dem Anschein nach bestehenden) Spannungsverhältnis führen, wenn nur eine Partei die rechtsanwaltliche Beziehung veranlasst hat. Eine klarstellende Bestimmung, vergleichbar § 53 NO, wonach Notar:innen die schwächere Partei im Rahmen einer Vertragserrichtung explizit zu schützen verpflichtet sind, wird angeregt. Wenn durch den Entwurf erhöhte Flexibilität angestrebt wird, sei überdies

darauf hinzuweisen dass bereits nach geltendem Recht die Möglichkeit besteht, notarielle Beglaubigungen, Notariatsakte und Generalversammlungen digital durchzuführen (§ 69b iVm §§ 79 Abs 9, 90a NO), weshalb ausländische Investor:innen (schon jetzt) nicht nach Österreich anreisen müssen, um an einer notariellen Amtshandlung mitzuwirken. Dass die mit der Errichtung eines Notariatsakts verbundene Formalitäten „vor allem von ausländischen Investorinnen teilweise als hinderlich empfunden“ werden (Erl. Seite 10), sollte nicht zu Auswirkungen auf die Rechtssicherheit im Inland führen.

### **zu Artikel 2 (Änderung des GmbHG):**

Derzeit ist gemäß § 6 Abs 1 GmbHG die Aufbringung eines (Mindest-) Stammkapitals von € 35.000 vorgesehen, nachdem der Gesetzgeber dieses mit GesRÄG 2013 (BGBl I 2013/109) kurzzeitig auf € 10.000 herabgesenkt hatte. Ein niedrigeres Stammkapital ist als (temporär befristete) „Gründungsprivilegierung“ vorgesehen (§ 10b GmbHG). Entsprechend der Zielsetzung der Novelle soll das in § 6 GmbH verankerte gesetzliche Mindeststammkapital der GmbH nun von € 35.000 auf € 10.000,- abgesenkt werden.

Diese Herabsenkung ist aus mehreren Gründen abzulehnen: Mit Stichtag 31.3.2023 waren in Österreich 191.527 GmbHs eingetragen. Im Jahr 2022 waren zum gleichen Stichtag 182.832, im Jahr 2021 173.238 und im Jahr 2020 164.741 GmbHs im Firmenbuch eingetragen.

Die GmbH stellt somit als die in Österreich am meisten genutzte Gesellschaftsform durchaus ein „österreichisches Erfolgsmodell“ dar. Änderungen, wie insbesondere beim Mindeststammkapital, sollten daher, schon allein aufgrund der dargestellten positiven Entwicklung bei der Gründung von GmbHs kritisch hinterfragt werden. Insbesondere ist die Herabsetzung des Mindestkapitals aber aus Sicht des Gläubigerschutzes, welcher einen tragenden Grundgedanken des österreichischen Gesellschaftsrechts darstellt, nicht zu befürworten, weil der Haftungsfonds für die Gläubiger:innen dadurch deutlich gemindert wird. Wenn auch das Stammkapital als tatsächlicher Haftungsfonds für die Gläubiger in der Praxis nicht immer (noch) vorhanden sein wird, so stellt es jedenfalls als „Startkapital“ einen „Risikopuffer“ gegen Anfangsverluste und damit eine sinnvolle Maßnahme zur Vermeidung einer Startinsolvenz dar (*van Husen in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 6 Rz 4/8*).

Zumindest aber sollten Gründer von Gesellschaften einen gewissen Mindestbetrag bereits aus Gründen der Wahrung der Seriosität des Marktauftritts dem Gesellschaftsvermögen mit der Bereitschaft zur Verfügung stellen, diesen Mindestbetrag gegebenenfalls auch zu verlieren (*van Husen* aaO Rz 4/9). Das Mindeststammkapital sollte daher gerade zur Vermeidung des Unterschreitens einer „Seriositätsschwelle“ beibehalten werden.

#### Erhöhter Personalaufwand für die Landesgerichte:

Soweit der Entwurf beabsichtigt, GmbH-Gründungen zu attraktivieren und zur Gründung Flexibler Kapitalgesellschaften einzuladen, ist darauf hinzuweisen, dass der diesbezügliche Mehraufwand der Landesgerichte als Firmenbuchgerichte bei der Personalausstattung in angemessener Weise berücksichtigt werden muss.

Gleichzeitig wird es aufgrund des geplanten reduzierten Stammkapitals von bloß € 10.000,- zur vermehrten Gründung von schon von Beginn an „nicht lebensfähigen“ Gesellschaften kommen, sodass auch mit einer steigenden Anzahl an Insolvenzverfahren zu rechnen sein wird. Auch der diesbezüglich erhöhte Personalaufwand der zuständigen Gerichte wird entsprechend zu berücksichtigen sein.

Weiters wird das in § 9 Abs 8 des Entwurfs vorgesehene Verfahren betreffend die erforderliche Führung zweier Listen von Anteilshabern einen deutlichen Mehraufwand für die Firmenbuchgerichte nach sich ziehen: Danach haben die Geschäftsführer:innen einer Flexiblen Kapitalgesellschaft, wenn die Gesellschaft Unternehmenswert-Anteile ausgegeben hat, bei der Anmeldung der Gesellschaft zum Firmenbuch (§ 9 GmbHG) bzw bei der erstmaligen Ausgabe von Unternehmenswert-Anteilen und danach jeweils spätestens neun Monate nach dem Bilanzstichtag eine Liste mit den Angaben gemäß § 9 Abs 7 Z 1 (Namensliste) sowie eine Liste mit den Angaben gemäß § 9 Abs 7 Z 1 und 2 (Anteilsliste) zum Firmenbuch einzureichen. Beide Listen sind von sämtlichen Geschäftsführerinnen zu unterzeichnen und müssen sich auf einen Zeitpunkt beziehen, der am Tag der Einreichung zum Firmenbuch höchstens einen Monat zurückliegt. Dabei sind in der Anteilsliste gegebenenfalls auch alle Veränderungen bei den Unternehmenswert-Anteilen darzustellen, die seit Erstellung der letzten Liste eingetreten sind und aus der neuen Liste sonst nicht ersichtlich wären. Die

Einreichung beider Listen ist gegebenenfalls durch Zwangsstrafen gemäß § 24 FBG durch das Firmenbuchgericht zu erzwingen, wobei nur die Namensliste in die (öffentliche) Urkundensammlung aufzunehmen ist.

Diese neu geschaffene – an die Pflicht zur Überreichung von Jahresabschlüssen erinnernde – Verpflichtung, wird ohne Zweifel (wie dies auch bei Jahresabschlüssen der Fall ist) eine hohe Zahl von Zwangsstrafverfahren nach sich ziehen. Auch dieser Mehraufwand wird durch die Bereitstellung zusätzlicher Personalressourcen abzubilden sein.

Bedauerlich ist, dass die wirkungsorientierte Folgenabschätzung (WFA) diesen erwartbaren Mehraufwand bei den Landesgerichten in keinster Weise berücksichtigt.

Dr. Martin Ulrich

Vorsitzender