



An das
Bundesministerium für Justiz
Museumstraße 7
1070 Wien

Wien, am 07.07.2023
GZ: 272/23

Geschäftszahl: 2023-0.340.690

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);

Begutachtungsverfahren

Sehr geehrte Damen und Herren!

Mit Schreiben vom 26. Mai 2023, bei der Österreichischen Notariatskammer am selben Tag eingelangt, hat das Bundesministerium für Justiz den 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), übermittelt und ersucht, dazu bis 07. Juli 2023 eine Stellungnahme abzugeben.

Die Österreichische Notariatskammer bedankt sich für die Möglichkeit, sich zum vorliegenden Entwurf äußern zu können, und erlaubt sich, nachstehende

Stellungnahme

abzugeben:

Die Österreichische Notariatskammer sieht in der FlexKapG eine sinnvolle Weiterentwicklung des österreichischen Gesellschaftsrechts und eine wertvolle Maßnahme zur





Attraktivierung des Wirtschaftsstandorts Österreich. Die Österreichische Notariatskammer hat sich deshalb im Rahmen der vom Bundesministerium für Justiz dazu vor nahezu drei Jahren eingerichteten Arbeitsgruppe an den entsprechenden Arbeiten mit konstruktiven Vorschlägen aktiv beteiligt. Ziel war es dabei stets, die im Regierungsprogramm festgelegte Unterstützung für Unternehmensgründungen – gerade auch nach den Wünschen der Start-up-Szene – so umzusetzen, dass der bewährte rechtssichere Standard des seit Jahrhunderten gewachsenen kontinentaleuropäischen Kapitalgesellschaftsrechts keinen Schaden nimmt. Der von der erwähnten Arbeitsgruppe unter breiter Mitwirkung sämtlicher Stakeholder – und ausdrücklich auch von Vertretern der Start-up-Szene – erarbeitete Entwurf hat dieses Ziel erreicht: Es wurden die von der Start-up-Szene erhobenen Forderungen und Wünsche zum größten Teil erfüllt, ohne das Risiko negativer Kollateralschäden für Beteiligte oder die öffentliche Hand einzugehen. So wurden etwa formfrei übertragbare Unternehmenswertanteile mit flankierenden Maßnahmen zum Mitarbeiter:innenschutz geschaffen, um die gewünschte Flexibilisierung der Mitarbeiter:innenbeteiligung zu erreichen, und eine bisher nur im Aktienrecht bekannte Reihe von Kapitalmaßnahmen zur Verfügung gestellt. Dabei wurden die den Rechtsberufen im österreichischen Gesellschaftsrecht zugewiesenen Funktionen, wie sich diese seit über 100 Jahren bewährt haben, ebenso wie die Funktion des die rechtssichere Basis des österreichischen Gesellschaftsrechts bildenden, gerichtlich geführten Firmenbuchs auch für die FlexKapG konsequent beibehalten. Im Gleichlauf zum GmbH-Recht hat dieser von der Arbeitsgruppe erarbeitete Entwurf daher für den Gesellschaftsvertrag, Satzungsänderungen, Kapitalerhöhungen, Anteilsabtretungen von Geschäftsanteilen und Übernahmserklärungen bei Kapitalerhöhungen die Form notarieller öffentlicher Urkunden (Notariatsakt/notarielles Protokoll) vorgesehen.

Der in Begutachtung versandte Entwurf entspricht freilich nicht mehr jenem, der in der Arbeitsgruppe erarbeitet wurde, weil er den oben erwähnten Mitarbeiter:innenschutz aufweicht und die bewährten Formvorschriften zur Wahrung der Rechtssicherheit, insbesondere die Notariatsaktsform für Anteilsübertragungen und Kapitalerhöhungen, beseitigt. Der Entwurf gibt damit die im Kapitalgesellschaftsrecht den Rechtsberufen zugewiesenen und bewährten Funktionen ohne Not auf.

Notar:innen sind als öffentliche Amtsträger zur Objektivität und Unparteilichkeit verpflichtet. In dieser Funktion haben sie Notariatsakte als öffentliche Urkunden aufzunehmen. Die Notariatsordnung (NO) behandelt die Vorschriften über das Beurkundungsverfahren zur Aufnahme von Notariatsakten über Rechtsgeschäfte im V. Hauptstück in insgesamt 21 Paragraphen: Identifizierung der Parteien, Feststellung der Geschäftsfähigkeit, die unparteiliche Belehrung der Parteien über mögliche unwirksame, nachteilige oder unklare Vertragsbestimmungen, verbunden mit der verpflichtenden Verlesung des Notariatsakts und – last but not least – auch der Schutz von beeinträchtigten oder der deutschen Sprache nicht mächtiger Personen. Dies sind nur einige der ganz konkreten Pflichten, die bei der Aufnahme eines Notariatsakts zu





beachten sind. Die Unabhängigkeit und Unbefangenheit der Urkundsperson selbst ist durch ausführliche Regelungen zur Ausgeschlossenheit in einer eigenen Bestimmung (§ 33) sichergestellt. Notarinnen und Notare können dieses Beurkundungsverfahren mittlerweile sowohl klassisch in Präsenz mittels Papierurkunde als auch volldigital ohne physische Anwesenheit der Parteien durch Errichtung des Notariatsakts als genuin elektronische Urkunde durchführen (§§ 69b, 90a). Die verpflichtende Eintragung aller aufgenommenen notariellen öffentlichen Urkunden in das verpflichtend zu führende Geschäftsregister (§§ 112ff), die Sicherstellung der obligatorischen dauerhaften Verwahrung der Urschriften in Papier und in elektronischer Form sowie die Übergabepflicht an den Amtsnachfolger bei Amtsbeendigung (§§ 91ff, 146ff), gewährleisteten Transparenz und Publizität über den Zeitpunkt der Urkundenerrichtung, den Inhalt und die beteiligten Parteien und ermöglichen über die Erteilung von das Original vertretende Ausfertigungen die jederzeitige Verfügbarkeit der Urkunden und deren Verwendung im Rechtsverkehr. Weiters sind Notar:innen der Kanzleirevision durch die dafür zuständigen Länderkammern des österreichischen Notariats unterworfen (§ 154 NO) und unterliegen einem zum Teil durch gerichtliche Zuständigkeiten geprägten Disziplinarsystem, das Strafen bis zur Amtsenthebung vorsieht. Der Regelungszweck ist auf den Schutz der Parteien, der öffentlichen Interessen im Sinn der Verhinderung von unerlaubten oder nachteiligen Geschäften im Allgemeinen sowie von Geldwäsche, Steuerhinterziehung und Sozialbetrug im Besonderen gerichtet. Gesichert wird dieser durch grundsätzlichen Eintritt des Solennitätsverlustes bei Verletzung von Beurkundungsvorschriften.

Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte sind dagegen keine öffentlichen Amtsträger und können keine öffentlichen Urkunden errichten. Ihre Befugnis umfasst vor allem die umfassende berufsmäßige Parteienvertretung (§ 8 RAO). Deshalb ist auch die Ausübung des Rechtsanwaltsberufs mit dem Notarberuf nicht vereinbar (§ 7 Abs. 1 NO, § 20 lit b RAO).

Aus gutem Grund haben daher die beiden Rechtsberufe, Rechtsanwältin/Rechtsanwalt und Notarin/Notar, ihre bewährten, wenn auch unterschiedlichen Rollen und Kompetenzen auf dem Gebiet der Rechtspflege und gerade auch im österreichischen Gesellschaftsrecht sowie im Firmenbuchverfahren.

Das seinerzeit vom Gesetzgeber eingeführte besondere Zuständigkeitsmodell von Notar:innen und Rechtsanwält:innen mit den auf das Berufsbild des jeweiligen Berufs zugeschnittenen eigenen Kompetenzbereichen hat sich insbesondere auch im Kapitalgesellschafts- und Firmenbuchrecht bewährt, ist durch profunde wissenschaftliche Expertise anerkannt und gewährleistet seit mehr als hundert Jahren durch die darauf aufbauende Rechtsprechung Rechtssicherheit, missbrauchsprophylaktische und rechtsvorsorgende Wirkung und trägt damit ganz wesentlich zum bestehenden Vertrauen in den Wirtschaftsstandort Österreich bei.



Diese Anmerkungen vorausgeschickt, begrüßt die Österreichische Notariatskammer grundsätzlich die Initiative zur Weiterentwicklung des Gesellschaftsrechtes, soll diese doch den Unternehmensstandort Österreich stärken und in besonderem Maße Start-ups zur Verwirklichung ihrer Ziele dienen. Gleichzeitig weist die Österreichische Notariatskammer darauf hin, dass eine **Verringerung von Ordnungskriterien** mit einer größeren Fehleranfälligkeit, der **Gefahr von Fehleintragungen** im Firmenbuch aber auch der Gefahr von volkswirtschaftlich teuren und lähmenden langen **Rechtsstreitigkeiten** zwischen Gesellschafter:innen oder zwischen Gesellschafter:innen und der Gesellschaft selbst verbunden sein können.

Aus diesem Grund wird schon an dieser Stelle eindringlich vor einer weiteren **Aufweichung von Ordnungsvorschriften** gewarnt. Gerade im Hinblick auf die Initiative der EU „**upgrading digital company law**“, die die mit Fake-Identitäten und anderen **unverlässlichen Eintragungen** in Registern einhergehenden Probleme erkannt hat, sollte Österreich nicht als einziges Land unnötige und bloß auf den ersten Blick harmlose Verringerungen der Ordnungskriterien einführen.

Die FlexKapG ist bekanntlich in erster Linie auf Betreiben der Start-up-Szene in das Arbeitsprogramm der aktuellen Bundesregierung aufgenommen worden. Zur Einordnung: Im Jahr werden in Österreich durchschnittlich rund **250 Start-ups** gegründet, während alleine im Jahr 2022 in Österreich 39.370 Unternehmen (Quelle: WKO) neu gegründet wurden, 2022 wurden in ganz Österreich 14.174 GmbHs gegründet. Der Anteil der Start-Ups daran beträgt 1,8 %. Bezogen auf die Gesamtzahl der Unternehmensgründungen von 39.370 im Jahr 2022 beträgt der Start-Up-Anteil 0,635 %. Aufgrund der aktuellen weltweiten Entwicklung der Start-Up-Szene ist nach Medienberichten für die Jahre 2023 ff. mit einem weiteren Rückgang zu rechnen. Alleine diese Gegenüberstellung von realen Zahlen zeigt deutlich, dass hier Gesetze für eine Minderheit an Unternehmen gemacht werden. Weiters ist zu bedenken, dass Start-ups nicht unbedingt nachhaltig Arbeitsplätze schaffen, ist deren Geschäftsmodell doch in gewissen Fällen der rasche Verkauf des Unternehmens an eine/n (internationale/n) Investor/in.

Schließlich ist noch allgemein anzumerken, dass im Hinblick auf den Regelungsgegenstand und –umfang **keinerlei Notwendigkeit zur Einführung einer neuen Kapitalgesellschaftsform besteht**.

Im Gegenteil: Eine Differenzierung zwischen Regelungen für die FlexKapG einerseits und die GmbH andererseits ist sachlich im Hinblick auf deren weitestgehend gleiche Regelung unter Umständen sachlich ungerechtfertigt und erscheint damit gleichheitswidrig. Es wäre naheliegend, die Neuerungen ins GmbH-Recht zu implementieren. Diese Vorgangsweise hätte auch den Vorteil der verfassungsrechtlichen Konformität.

Im Einzelnen nimmt die Österreichische Notariatskammer wie folgt Stellung:





1) Stammkapital (§ 6 GmbHG)

Die Österreichische Notariatskammer sieht die **Herabsetzung** des Mindeststammkapitals **kritisch**. Eine Herabsetzung auf € 10.000,00 erscheint nicht nur aus Gründen des Gläubiger:innenschutzes übertrieben. Auch die Gesellschafter:innen selbst werden für den Betrieb des Unternehmens in aller Regel mehr Geldmittel benötigen als € 10.000,00 (oder gar € 5.000,00).

Zusätzlich ist anzumerken, dass die auch schon seit Jahren mögliche gründungsprivilegierte Gründung von GmbHs mit einem Stammkapital von € 10.000,00 nur von einem sehr geringen Teil der Gründer:innen angenommen wird – **rund 94 Prozent** der Gründer:innen gründen mit einem **Stammkapital von € 35.000,00 oder mehr**. So gesehen ist die generelle Herabsetzung des Stammkapitals bei GmbHs weder notwendig noch sinnvoll, zumal diese Maßnahme mit einem **deutlich massiveren Einnahmenverlust der Republik** verbunden sein wird, als die derzeitigen Berechnungen darstellen (Die Wirtschaftsorientierte Folgenabschätzung geht auf Seite 9 aufgrund von Berechnungen des BMF von einem Verlust an KöSt von je EUR 50 Millionen in den ersten beiden Jahren nach Herabsetzung aus, sowie von je EUR 30 Millionen in den Folgejahren. Das sind beträchtliche Beträge.). Es ist darüber hinaus davon auszugehen, dass bei etlichen bestehenden GmbHs das Kapital herabgesetzt werden wird, um dieses Sicherungskapital abzuziehen. Eine Senkung des Stammkapitals auf € 10.000,00 würde zudem dem Grundsatz des Kapitalgesellschaftsrechts, wonach im **Gegenzug** für die auf das Gesellschaftsvermögen beschränkte Haftung ein **Mindesthaftungsfonds** vorhanden sein muss, widersprechen. Ein eigentlich nur noch symbolisches Kapital von € 10.000,00 müsste mit einer verstärkten Durchgriffshaftung einhergehen. Vor dem Hintergrund einer möglichen **persönlichen Haftung** der Gesellschafter:innen wegen qualifizierter Unterkapitalisierung, aber auch im europäischen Vergleich, erscheint ein Mindeststammkapital von € 10.000,00 überdenkenswert.

In diesem Zusammenhang ist auch zu erwähnen, dass mit einer Herabsetzung des Stammkapitals **Milderungen** der derzeit geltenden gesetzlichen Sanktionen bei verdeckten Sacheinlagen oder verbotener Einlagenrückgewähr einhergehen müssten. Denn die Nichtigkeit der betroffenen Rechtsgeschäfte stellt eine dramatische Sanktion dar, die bei geringem Stammkapital noch schwerwiegendere Folgen für die persönliche Haftung der Gesellschafter:innen haben kann. Eine **Differenzhaftung** – ähnlich der deutschen Rechtslage – wäre angemessen und könnte als flankierende Maßnahme ebenfalls eingeführt werden. Zu empfehlen wäre die Möglichkeit der Heilung von verdeckten Sacheinlagen bzw. der Umwandlung solcher in offene Sacheinlagen.

2) Stammeinlage und Einzahlungen (§§ 3 und 5 FlexKapGG)

Die Herabsetzung der Mindeststammeinlage auf € 1,00 wird begrüßt. Sie ermöglicht kleinteilige Beteiligungen und dadurch mehr Flexibilität in der Gesellschaft.





3) Vereinfachte Gründung (§ 4 FlexKapGG)

Die vereinfachte Gründung gemäß § 9a GmbHG erscheint im Hinblick auf die voll digitalen Gründungsmöglichkeiten schon an sich entbehrlich. Dies zeigt sich auch an den Gründungszahlen gemäß § 9a GmbHG, die jährlich einen verschwindend geringen Prozentsatz der GmbH-Gründungen ausmachen. So haben die Gründungen gemäß § 9a GmbHG im Jahr 2022 beim HG Wien mit nur 312 Gründungen von insgesamt 4.921 gerade einmal 6,3 % ausgemacht. Österreichweit waren es 2022 nur 840 von 14.174 GmbH-Gründungen oder 5,9 %. Bei diesen § 9a GmbHG-Gründungen gibt es jedoch eine Vorerledigungsquote von fast 50 (!) %, da die Gründer **unberaten** sind und unter anderem meistens den Firmenwortlaut falsch wählen.

Im Hinblick auf die fehlende rechtliche Beratung einerseits sowie die Möglichkeit der digitalen Gründung bei einer Notarin/einem Notar mit Beratung andererseits sollte § 4 des Entwurfs ersatzlos entfallen.

Des Weiteren wird darauf hingewiesen, dass § 4 auch deshalb ersatzlos entfallen sollte, da § 9a GmbH ohnehin auf die FlexKapG Anwendung findet und ansonsten das FlexKapGG als *lex specialis* zu § 9a GmbH betrachtet werden könnte, da gemäß § 1 Abs. 1 die FlexKapG „durch eine oder mehrere Personen gegründet werden kann“, die vereinfachte Gründung gemäß § 9a GmbH allerdings nur für Einpersonen-Gründungen zur Verfügung. Falls § 4 nicht entfällt, sollte klargestellt werden, dass § 4 auch nur für durch eine Person gegründete FlexKapG Anwendung findet.

4) Aufsichtsratspflicht (§ 6 FlexKapGG)

Im Hinblick auf schon angesichts der zahlreichen Mitarbeiter:innenbeteiligungsprogramme zu erwartenden größeren Governance-Probleme erscheint eine behutsame Erweiterung der **Aufsichtsratspflicht** angemessen. Die Österreichische Notariatskammer begrüßt daher eine solche Aufsichtsratspflicht für FlexKapGs / FlexCos, die die Schwellen einer mittelgroßen Kapitalgesellschaft überschreiten.

5) Schriftliche Abstimmung (§ 7 FlexKapGG)

Das Abgehen von der verpflichtenden Zustimmung aller Gesellschafter:innen zur Art der Abstimmung im Umlaufwege erscheint im Hinblick auf den Schutz gerade von Minderheitsgesellschafter:innen nicht zielführend.

Zwar bedarf es nach dem Entwurf für diese Möglichkeit einer Regelung im Gesellschaftsvertrag, dennoch erscheint diese **Beschneidung der Gesellschafter:innenrechte** sehr weitgehend. Fraglich ist auch, ob die Neuregelung überhaupt eine Erleichterung bringt, denn auch nach derzeitiger Rechtslage kann der/die übergangene Gesellschafter:in nur



eine Anfechtungsklage einbringen (§ 41 Abs. 2 GmbHG). Hat also die absolute Stimmenmehrheit dafür gestimmt, kann auch jetzt ein Beschluss unter Übergehung der Minderheitsgesellschafter:innen gefasst werden, dessen Anfechtbarkeit nach einem Monat heilt.

Im Übrigen erscheint die Regelung mangels sachlicher Rechtfertigung der unterschiedlichen Behandlung gegenüber dem GmbH-Recht als **gleichheitswidrig**. Sollte die Regelung Gesetz werden, ist kein Grund ersichtlich, warum GmbH-Gesellschafter:innen diese Möglichkeit nicht ebenfalls haben sollten.

Von der Möglichkeit der **Stimmabgabe in Textform** wird **abgeraten**, kann doch dabei nicht mehr eruiert werden, ob die Unterschrift bzw. deren Nachbildung tatsächlich vom Unterfertigenden stammt bzw. unter den Beschlusstext gesetzt wurde, also echt ist, oder nicht.

6) Uneinheitliche Stimmabgabe (§ 8 FlexKapGG)

Die Möglichkeit der uneinheitlichen Stimmabgabe für treuhändig gehaltene Anteile wird grundsätzlich begrüßt. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass eine **gleichlautende Regelung** aus verfassungsrechtlichen Gründen auch im GmbHG aufgenommen werden müsste.

7) Unternehmenswertanteile (§ 9 FlexKapG)

- a) Die Schaffung von Unternehmenswertanteilen wird grundsätzlich begrüßt. Als Möglichkeit der **Mitarbeiter:innenbeteiligung** sollten Unternehmenswertanteile aber nur an **natürliche Personen** ausgegeben werden können, die in einem **Dienstverhältnis** oder **freien Dienstverhältnis** zum ausgebenden Unternehmen stehen.
- b) Die **Bezahlung** von Mitarbeiter:innen bei Start-ups – und in Zukunft generell bei FlexKapGs – **durch Unternehmensbeteiligungen, also mit Risikokapital, ist aber auch eine wirtschaftliche Gefahr für die Mitarbeiter:innen**. Es ist davon auszugehen, dass Mitarbeiter:innen auf Basis der gesetzlich ermöglichten Erleichterungen mit Unternehmenswertanteilen mit dem erhofften zukünftigen Erfolg des neu gegründeten Unternehmens geködert werden, um zu weit unter der Arbeitsleistung liegenden Löhnen zu arbeiten. Im häufig zu erwartenden Worst Case gehen Mitarbeiter:innen nach dem Scheitern des Start-ups leer aus. Für die Österreichische Notariatskammer ist im Sinne der Mitarbeiter:innen die Wahrung der Rechte von Minderheitsgesellschafter:innen ebenso wichtig wie die Einhaltung aller kollektivvertraglichen Bestimmungen.
- c) Es erscheint im Entwurf auch nicht abschließend klaggestellt, dass Unternehmenswertbeteiligte keinerlei Haftung für Gesellschaftsschulden treffen





kann. So erscheint eine **Haftung** nach § 83 Abs. 1 bzw. 2 GmbHG nach dem Wortlaut des Entwurfs durchaus möglich.

- d) Die weitgehende **Beschneidung der Informations- und Stimmrechte** der Unternehmenswertbeteiligten wird ebenso kritisch gesehen. Einerseits vermag der bloße Hinweis in den Materialien eine anderslautende Judikatur des OGH zu den Informationsrechten nicht zu verhindern, andererseits sieht § 9 Abs. 5 des Entwurfes vor, dass das Stimmrecht der Unternehmenswertbeteiligten sogar dann entfallen kann, wenn ihre unmittelbaren Rechte tangiert sind, sofern nur eine Gleichbehandlung mit den Gründungsgesellschafter:innen erfolgt.
- e) Die Führung eines **Anteilsbuches** durch die Geschäftsführung wird in der Praxis eine Vielzahl von Streitfragen aufwerfen, zumal davon auszugehen ist, dass diese Anteilsbücher nur selten ordnungsgemäß geführt werden. Damit tragen die Unternehmenswertbeteiligten aber das Risiko iSd § 78 GmbHG bzw. § 61 Abs. 2 AktG, gegenüber der Gesellschaft **nicht als Gesellschafter:in zu gelten** und womöglich bei **sie betreffenden Abstimmungen ihr Stimmrecht nicht ausüben zu können**.
- f) Die bloß einmalige Aktualisierung der Liste erscheint im Hinblick auf die Transparenz der Gesellschafter:innenstruktur nicht ausreichend.
- g) Bei **Umwandlungen** von Unternehmenswertanteilen in normale Geschäftsanteile gemäß § 9 Abs. 9 des Entwurfes ist zu bedenken, dass Unternehmenswertanteile in Anteile von zumindest € 0,01 gestückelt werden können, normale Geschäftsanteile aber nur in solche von zumindest € 1,00. Von einer Umwandlung in normale Geschäftsanteile würden daher all jene, deren Unternehmenswertanteil ein Nominale von weniger als € 1,00 hat, **nicht profitieren können**. Aus diesem Grund erscheint ein **Gleichlauf im Mindestnominale zielführend**.
- h) Außerdem müsste in § 9 Abs. 9 des Entwurfs überhaupt klargestellt werden, dass eine Kapitalerhöhung ohne Einzahlung bei gleichzeitiger Sacheinlage des bisherigen Unternehmenswertanteils anstelle des Geschäftsanteils zulässig ist. Diese **Umwandlung** müsste nämlich nicht in Form einer Kapitalherabsetzung verbunden mit einer Kapitalerhöhung stattfinden. Stattdessen könnte die **kapitalneutrale Umwandlung sui generis** der Unternehmenswertanteile in normale Geschäftsanteile für gesetzlich zulässig erklärt werden.
- i) Nach dem Wortlaut hat der Arbeitgeber, sohin die FlexKapG, die Unternehmenswertanteile an die Mitarbeitenden auszugeben. In der Praxis erscheint fraglich, ob Start-ups, die als wichtiger Grund für die Einführung der neuen Gesellschaftsform angeführt sind, tatsächlich die Möglichkeit haben, bis zu 25 % des Stammkapitals in Form von eigenen Anteilen zur Ausgabe an Mitarbeiter:innen zu halten.





8) Mitverkaufsrecht von Unternehmenswertanteilen (§ 10 FlexKapGG)

Der Begriff der **Gründungsgesellschafter:in** als Inhaber:in einer Kapitalmehrheit erscheint fraglich. Auch der Begriff der „Mehrheit am Kapital“ erscheint nicht eindeutig. Ist damit eine absolute Kapitalmehrheit oder nur eine relative gemeint? Besser wäre es, auf jene Gesellschafter:innen abzustellen, die bei der **Errichtung der Gesellschaft** mitgewirkt haben. Denn nach dem Entwurf könnte der Begriff **leicht umgangen werden**, indem die Gesellschafter:innen knapp nicht mehr die Kapitalmehrheit hielten (z.B. durch Treuhandkonstruktionen). Dann hätten die Unternehmenswertbeteiligten kein Mitverkaufsrecht.

Auch eine Koppelung der Rechte der Unternehmenswertbeteiligten hinsichtlich Gewinnausschüttung und Liquidationserlös an die Rechte der Gründungsgesellschafter:innen erscheint nicht zielführend, da die Mannigfaltigkeit der in der wirtschaftlichen Praxis gelebten Konstruktionen dadurch nur teilweise berücksichtigt werden kann. Vorzugsweise sollten die Gewinnansprüche – gerade für Mitarbeiter:innen – als zwingendes Recht ausgestaltet werden. Vor dem Hintergrund des fehlenden Stimmrechts erscheint dies sachgerecht, bleiben doch andernfalls praktisch gar keine Vorteile mehr für die Unternehmenswertbeteiligten übrig. Der Argumentation, dass Gründungsgesellschafter:innen sich nicht selbst übervorteilen werden, wenn sie eine Schlechterstellung in Kauf nehmen, um später hinzukommenden Investor:innen eine besonders attraktive Beteiligung an der Gesellschaft zu ermöglichen, und daher die Unternehmenswertbeteiligten denselben Regelungen wie die Gründungsgesellschafter:innen unterworfen sein sollen, ist im Sinne des Schutzes der Mitarbeiter:innen nicht zu folgen.

9) Sonderbestimmungen für Mitarbeiter (§ 11 FlexKapGG)

In § 11 des Entwurfes sollte klargestellt werden, wen die **Belehrungspflicht** gegenüber den Mitarbeiter:innen trifft. Gemäß § 11 liegt diese Pflicht bei der Geschäftsführung. In der Praxis ist jedoch davon auszugehen, dass – abgesehen von möglichen Interessenskollisionen in dieser Art der Ausgestaltung der Belehrungspflichten – wegen des Haftungsrisikos die Belehrung gemäß § 11 nicht durch die Geschäftsführung persönlich erfolgt, sondern wahrscheinlich an externe Stellen (Berater) ausgelagert werden wird. Ergebnis davon sind vermutlich umfangreiche Papiere, die für den/die Mitarbeiter:in schwer verständlich sind und mitunter in letzter Konsequenz dazu führen, dass die Dokumente ungelesen unterschrieben werden. Auch wenn § 11 eine „nachvollziehbar gestaltete Information“ für Mitarbeiter:innen vorsieht, sollte daher genau definiert werden, wie eine solche Information ausgestaltet sein soll.

Es sollte zudem **zugunsten der Mitarbeiter:innen** verpflichtend eine **Rücklage** in der Gesellschaft zu bilden sein, aus der die Kaufpreise beim Rückkauf der Unternehmenswertanteile durch die Gesellschaft bei Ausscheiden von Mitarbeiter:innen finanziert werden können. Zudem bleibt § 11 des Entwurfes sehr vage in Bezug auf den





an die Mitarbeiter:innen im Falle des Ausscheidens zu bezahlenden Kaufpreis. Hier sollte im Sinne des Schutzes der Mitarbeiter:innen eine Untergrenze vorgesehen werden, damit die Übertragung des Unternehmenswertanteils eines Mitarbeiters/einer Mitarbeiterin bei Ausscheiden aus dem Unternehmen zu einem fairen Preis sichergestellt ist.

10) Form bei Anteilsübertragungen (§ 12 FlexKapGG)

Es bestehen seitens der Österreichischen Notariatskammer grundlegende **Bedenken** gegen die Einführung der Möglichkeit der Anteilsabtretung in Form einer „**Anwaltsurkunde**“. Die in den Materialien angeführte Meinung, wonach eine „Anwaltsurkunde“ betreffend die Belehrung einem Notariatsakt gleichkomme, verkennt die wesentlich weiteren und umfassenderen Belehrungspflichten der Notarin/des Notars gegenüber den Parteien. Ebenso würde durch die Einführung einer „Anwaltsurkunde“ die Unterscheidbarkeit der Berufsstände Anwältin/Anwalt und Notar:in massiv beeinträchtigt werden und hätte weitreichende Konsequenzen. Ohne Not würde ein System von zwei objektiv und klar abgegrenzten Berufsgruppen mit unterschiedlichen Berufsbildern und Aufgaben, welches sich seit langer Zeit sehr bewährt hat, über Bord geworfen werden. Siehe dazu auch die einleitenden Ausführungen in der vorliegenden Stellungnahme. Die Unvereinbarkeit der Berufe Notar:in und Rechtsanwältin/Rechtsanwalt ist sowohl in der Rechtsanwaltsordnung als auch in der Notariatsordnung festgeschrieben. Weiters wäre die Wertigkeit von Urkunden plötzlich eine vollkommen andere. Ein Anwalt, der eine der Vertragsparteien berät, dürfte z.B. auch den Abtretungsvertrag als „Anwaltsurkunde“ errichten. Das Element der beurkundenden Notarin/des beurkundenden Notars als unparteiliche Urkundsperson fiel damit weg. Ob die Forderung einer sehr kleinen Gruppe dazu führen soll, dass die Rechtssicherheit maßgeblich beeinträchtigt wird, darf bezweifelt werden.

Die Einführung der Möglichkeit der Anteilsabtretung in Form einer „Anwaltsurkunde“ erscheint unter anderem aus folgenden Gründen bedenklich:

- a) **„Anwaltsurkunden“ nach § 10 RAO sind Privaturkunden.** Das ist ein wesentlicher Unterschied zu von Notarinnen und Notaren errichteten öffentlichen Urkunden (z.B. Notariatsakten), die mit den in § 292 ZPO normierten besonderen Rechtswirkungen ausgestattet sind. Für den Bereich der mit besonderen Rechtswirkungen ausgestatteten öffentlichen Register, wie z.B. dem Firmenbuch, ist das von großer Bedeutung, da nur in Verbindung mit der besonderen Beweiskraft des Notariatsakts (§ 292 ZPO) die entsprechende Verlässlichkeit und Rechtssicherheit gewährleistet werden kann. Die mit **deutlich weniger Kontrollen versehenen „Anwaltsurkunden“** können zu Eintragungen führen, die die Rechtssicherheit des Firmenbuches beeinträchtigen können. Aufgrund von falschen oder **Fake-Eintragungen**, wie das aufgrund der liberalen Urkundenanforderungen, z.B. im britischen „Companies House“, bereits **Realität** ist (dort sind laut einem jüngsten Kurier-Artikel 20 % der eingetragenen Unternehmen Fake-Unternehmen und laut



einem Artikel aus dem Guardian¹, wurde aus gutem Grund in Bezug auf das britische „Companies House“ bereits die Forderung nach stärkerer Kontrolle und Reglementierung erhoben), können Schäden für den Staat, Gläubiger und Kunden entstehen. Im Ergebnis ist dies ein „**race to the bottom**“ und widerspricht dem neu ausgegebenen Ziel der EU (**upgrading digital company law**), die Datenqualität der Firmenbücher bzw. Handelsregister zu verbessern. Schon aus dem **waiver des britischen Companies House** ist ersichtlich, dass die Daten eines Registers ohne öffentliche Urkunden als Eintragungsgrundlage praktisch wertlos sind: *The fact that the information has been placed on the public record **should not be taken to indicate that Companies House has verified or validated it in any way.***²

Gerade die im Ausland hochgeschätzte Qualität des österreichischen Firmenbuches würde so leichtfertig geopfert. Da das Firmenbuch, wo aktuell knapp 200.000 GmbHs eingetragen sind, neben dem mit erhöhter Beweiskraft ausgestatteten Notariatsakt auch Privaturkunden anzunehmen hätte, führte dies im Rahmen des § 15 UGB zu unabsehbaren Konsequenzen für den Rechtsverkehr.

- b) Auch vor dem Hintergrund des Unionsrechts können von Rechtsanwälten errichtete Privaturkunden nicht mit Notariatsakten auf derselben Ebene behandelt werden. So wird im grundlegenden Urteil in der Rechtssache *Unibank* (C-260/97 vom 17. Juni 1999) vom EuGH in Rz. 17 – zur Präzisierung der Voraussetzungen, die eine öffentliche Urkunde erfüllen muss – festgestellt, dass die Beurkundung von einer Behörde vorgenommen worden sein muss sowie die Beurkundung sich auf den Inhalt [und] nicht nur z. B. auf die Unterschrift beziehen und die Urkunde in dem Staat, in dem sie ausgestellt worden ist, als solche vollstreckbar sein muss. Die Behördeneigenschaft umfasst in diesem Fall zweifelsfrei auch Notar:innen. Dieses Urteil war in Folge Grundlage für die Normierung der Definition der öffentlichen Urkunde im Unionsrecht. An diese werden auch besondere Rechtswirkungen geknüpft, die einer Privaturkunde – auch im EU-Recht – nicht zukommen. Eine Gleichstellung der Anwaltsurkunde nach § 10 RAO mit Notariatsakten wäre demnach im EU-Kontext ein erheblicher und im europäischen Gesellschaftsrecht wohl einzigartiger Systembruch, der viele problematische Folgefragen aufwirft.

Welche Schwierigkeiten eine derartige Gleichstellung von Anwaltsurkunden mit notariellen Urkunden (in diesem Fall Beglaubigungen) aufwerfen kann, hat der EuGH-Fall in der Rechtssache *Piringer* (Urteil vom 9. März 2017, C-342/15) gezeigt. Der EuGH hat in diesem Urteil betont, dass nationale Bestimmungen, die

¹ <https://amp.theguardian.com/business/2022/dec/03/crisis-uk-companies-house-fake-directors-fraud>, abgerufen am 27.06.2023

² <http://resources.companieshouse.gov.uk/serviceInformation.shtml#complInfo>



vorschreiben, dass die Richtigkeit von Eintragungen in ein Grundbuch durch vereidigte Berufsangehörige wie Notare überprüft werden muss, zur Gewährleistung der Rechtssicherheit von Grundstückstransaktionen und zur Funktionsfähigkeit des Grundbuchs beitragen und allgemein mit dem Schutz der ordnungsgemäßen Rechtspflege im Zusammenhang stehen, was nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses darstellt (Rz. 59).

- c) Nur Notar:innen sind zur **umfassenden Belehrung** und zur **Unparteilichkeit** verpflichtet. Das genaue Gegenteil, nämlich die bestmögliche Vertretung der **Interessen der eigenen Klient:innen**, gilt für Rechtsanwält:innen. Während die **Unparteilichkeit** sozusagen die „DNA“ des Notariats ausmacht, macht die **Parteilichkeit** die „DNA“ der Anwaltschaft aus. Aus diesem Grund erscheint eine unparteiische Belehrung durch die Rechtsanwältin/den Rechtsanwalt einer Partei in der Praxis als nahezu ausgeschlossen. Dies soll der einzelnen Anwältin/dem einzelnen Anwalt keineswegs vorgeworfen werden, es ist vielmehr systemimmanent. Anders als Rechtsanwält:innen, die gesetzlich zur Parteilichkeit³ verpflichtet sind, genießen Parteien bei **notarieller Beratung den Wert der neutralen professionellen Beratung** und damit auch einen Schutz der (schwächeren) Gründer:innen selbst sowie Wahrung ihrer Interessen - auch gegenüber Mitgesellschafter:innen und Investor:innen. Da Notar:innen die Urkunde inhaltlich prüfen und sich vergewissern müssen, dass die Partei deren Inhalt verstanden hat und diese freiwillig unterfertigt, dient dies dem **Schutz der schwächeren Vertragspartei. Die Notarin/Der Notar ist – im Gegensatz zur Rechtsanwältin/zum Rechtsanwalt, die/der stets ausschließlich oder zumindest wirtschaftlich vor allem eine Partei vertritt – streng unparteilich.**
- d) Nach dem Entwurf hätte eine Rechtsanwältin/ein Rechtsanwalt nur die Zulässigkeit der Anteilsübertragung zu prüfen und die Parteien über die Rechtsfolgen ihrer Erklärungen und mögliche weitere Voraussetzungen der Wirksamkeit zu belehren. Jede weitergehende Belehrung würde aber unterbleiben.
- Die Belehrungspflichten der Notarin/des Notars gemäß §§ 52f NO gehen weit über diese unmittelbaren Pflichten hinaus. Daher kann von einer Gleichwertigkeit der „Anwaltsurkunde“ mit einem Notariatsakt keine Rede sein.
- e) Notar:innen sind nicht nur zur Prüfung der **Identität** der Parteien, sondern auch deren **Geschäftsfähigkeit** verpflichtet.
- f) Im Gegensatz zur „Anwaltsurkunde“ ist die Notarin/der Notar verpflichtet, **zweideutige Bestimmungen** oder solche, die Anlass zu Streit geben können, im

³ Siehe § 10 RAO.



Notariatsakt zu vermeiden.⁴ Diese Anforderung gilt für die „Anwaltsurkunde“ nicht. Es ist daher zu befürchten, dass „**Anwaltsurkunden**“ **vermehrt zu Rechtsstreitigkeiten** führen werden.

- g) Insgesamt ist es offenkundig, dass **die geringen Kosten präventiver Rechtsfürsorge** nur einen Bruchteil der volkswirtschaftlichen Kosten späterer Rechtsstreitigkeiten oder Behördenverfahren wegen Scheinidentitäten ausmachen. Die **antizipative Regelung** von wichtigen Fragen ist wesentlich kostengünstiger als **nachfolgende Rechtsstreitigkeiten**, die großen volkswirtschaftlichen Schaden anrichten. Es fallen nicht nur **hohe Rechtsanwaltskosten** an, Unternehmensressourcen werden für die Prozessvorbereitung und -begleitung massiv gebunden (Zeug:innentermine, Besprechungen, Schriftsätze, etc). Ein Rechtsstreit über die Gesellschafter:innenstellung oder ähnliches, der durch drei Instanzen geht, kostet das 100 bis 300-Fache einer notariellen Beurkundung. Auch Zeug:innen, die geladen würden, könnten ihrer Arbeit nicht nachgehen, was zu erheblichen Mehrkosten für das Unternehmen führt. Dazu kommen vorbereitende Besprechungen mit Rechtsanwält:innen, Reisekosten, interne Aufarbeitung von Prozessen etc., alles Vorgänge, die Unternehmen von ihrer eigentlichen Arbeit abhalten. Auch die Justiz müsste neue Planstellen für die zu erwartenden Rechtsstreitigkeiten schaffen. Ebenfalls zu bedenken ist, dass davon auszugehen ist, dass die „Anwaltsurkunde“ zu keiner Kostenersparnis gegenüber der notariellen Beurkundung führen wird.
- h) Die Notar:innen forcieren **digitale Anwendungen** in den österreichischen Notariaten und nehmen die Position der Schnittstelle zwischen analoger und digitaler Welt im österreichischen Rechtssystem ein. Die digitale GmbH-Gründung in den österreichischen Notariaten ist bereits etabliert und wurde auf sämtliche weiteren Gestaltungsschritte im Leben einer GmbH, wie auch die Abtretung von Gesellschaftsanteilen oder Kapitalerhöhungen, ausgeweitet und gesetzlich verankert. Daher müssen Gründer:innen oder Investor:innen physisch nicht mehr im Notariat anwesend sein, wenn eine GmbH gegründet wird oder Maßnahmen im Zuge der Weiterentwicklung der Gesellschaft umgesetzt werden – die virtuelle Teilnahme aller Parteien ist im Notariat bereits gelebte Praxis. Damit ist das österreichische Notariat einer der Vorreiter in Europa bei der Umsetzung der Digitalisierung des Gesellschaftsrechts. Auch die hybride Errichtung von Urkunden ist – sofern von den Parteien gewünscht – möglich.
- i) Schließlich dient die mit dem Notariatsakt verbundene Rechtssicherheit auch der **Geschäftsführung**, die gegenüber den Gesellschafter:innen (der Generalversammlung) weisungsgebunden ist. Bei bloßen Privaturkunden können die Geschäftsführer:innen unter Umständen nicht mit ausreichender Sicherheit

⁴ § 53 NO.





erkennen, ob ein Gesellschafter:innenwechsel eingetreten ist oder nicht. Daran knüpft aber die Frage, wer als Gesellschafter:in im Rahmen von Generalversammlungs- oder Umlaufbeschlüssen weisungsberechtigt ist.

- j) Schließlich sind die umfassenden Sorgfaltspflichten der Notarin/des Notars hinsichtlich der **Vermeidung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung** eine nicht zu unterschätzende Dienstleistung gegenüber dem Staat, die nicht nur die Vermeidung von Straftaten dient, sondern auch zu einer erheblichen Entlastung der Behörden führt.

In Bezug auf die Umsetzung der Pflichten zur Verhinderung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung im Notariat wurde bereits im Mutual Evaluation Report der FATF aus dem Jahr 2016 die Österreichische Notariatskammer als einzige Behörde erwähnt, die eine eigene Risikoanalyse erstellt hat (Rz 60). Weiters wurde von der FATF festgestellt, dass die bei der Prüfung interviewten Notar:innen ein gutes Verständnis über Geldwäscherisiken in ihren Tätigkeitsbereichen haben und Prüfmaßnahmen in Fällen mit juristischen Personen aus Staaten mit nicht ausreichenden Transparenzregelungen vornehmen und durch die Notariatskammer regelmäßig nötige Informationen erhalten (Rz 250ff). Gleichzeitig hat die FATF festgestellt, dass für die Rechtsanwaltschaft kein angemessener grundsätzlicher Ansatz zur Analyse und Minimierung des Geldwäscherisikos besteht (Rz 247) und befürchtet wird, dass Rechtsanwält:innen, welche Schwierigkeiten haben, Klienten zu finden, ihre Dienste Hochrisikoklienten zur Verfügung stellen (Rz 245).

Im Bericht des Global Forum on transparency and exchange of information for tax purposes der OECD aus dem Jahr 2018 wurde festgestellt, dass durch die Maßnahmen der Notariatskammer zur Information und Ausbildung der Notar:innen und die Ausübung der Berufsaufsicht sichergestellt ist, dass die nötigen Informationen zur Feststellung der wirtschaftlichen Eigentümer von juristischen Personen verfügbar sind (Rz 103). Über die Rechtsanwaltschaft finden sich in diesem Zusammenhang im genannten Bericht keine Ausführungen. Zu Privatstiftungen wurde ausdrücklich festgehalten, dass die Stiftungsurkunde durch eine Notarin oder einen Notar erstellt werden muss, diese/r ist eine/ein „professional with CDD obligations“ (Rz 143).

Zuletzt wurde durch den Europarat im Auftrag der Europäischen Kommission im Jahr 2022 festgestellt, dass einzelne Rechtsanwält:innen die Risikoeinschätzungen der Nationalen Risikoanalyse ihrer Tätigkeiten nicht kannten (Rz 27). Ebenso wurde festgestellt, dass die Berufsaufsicht der Rechtsanwält:innen nicht über die nötigen Ressourcen verfügt, um eine angemessene risikobasierte Berufsaufsicht zu gewährleisten (Rz 217), hingegen die Berufsaufsicht im Notariat bereits risikobasiert ausgeübt wird (Rz 220).





Allgemein darf auf die im Verhältnis zur Anzahl der Berufsangehörigen deutlich höhere Anzahl von Verdachtsmeldungen der Notar:innen im Gegensatz zu Rechtsanwält:innen hingewiesen werden. Diese Zahlen sind in den jährlichen Lageberichten Geldwäscherei des Innenministeriums ersichtlich (z.B. 2021: Notare 17, Rechtsanwälte 17, Steuerberater, Buchhalter, Wirtschaftsprüfer 12). Ebenso zeigen die Zahlen zur Nutzung des Registers der Wirtschaftlichen Eigentümer durch die Notar:innen, dass diese im Verhältnis zur Anzahl der Berufsangehörigen überdurchschnittlich oft Abfragen aus diesem Register machen.

- k) Zu bedenken ist auch, dass die **Befangenheitsbestimmungen** des Entwurfs hinsichtlich einer „Anwaltsurkunde“ nicht mit jenen einer notariellen Beurkundung übereinstimmen. Notar:innen sind in eigener Sache bzw. wenn sie beteiligt sind sowie in Angelegenheit von engen Verwandten (Verwandte, Schwäger:innen oder durch Adoption verbundene in gerade Linie), bzw. der Ehegatten, Partner:innen und Lebensgefährten:innen sowie in Angelegenheiten der von der/vom Notar:in vertretenen schutzbedürftigen Personen (als Erwachsenenvertreter:in oder als Vorsorgevollmächtigte/r) und schließlich in denjenigen Fällen, in denen eine Verfügung zum Vorteil der/des Notar:in selbst oder eine der den oben genannten Personen aufgenommen werden soll schon von Gesetzes wegen von Beurkundungen ausgeschlossen (§ 33 NO). Dazu zählen auch Angelegenheiten von juristischen Personen, an denen die/der Notar:in selbst oder eine der oben Personen die Mehrheit am Stamm-, Grund- oder Eigenkapital oder an den Stimmrechten der juristischen Person hält oder Mitglied ihres vertretungsbefugten Organs ist. Darüber hinaus ist auch die/der Notar:in als Mitglied eines Aufsichtsorganes einer juristischen Person von der Errichtung eines Notariatsaktes ausgeschlossen.

Weiters ist den Notar:innen im streitigen Zivilverfahren gemäß § 40 NO keine Parteienvertretung gestattet, wenn eine von ihr/ihm oder einer Gesellschafterin/einem Gesellschafter aufgenommene Notariatsurkunde als Beweismittel gebraucht werden soll.

Rechtsanwält:innen unterliegen diesen strengen Ausgeschlossenheits- und Befangenheitsregelungen nicht. Vielmehr könnten Rechtsanwält:innen aufgrund des geplanten § 12 Parteienvertretungen in Verfahren übernehmen, in welchem eine von diesen errichtete „Anwaltsurkunde“ als Beweismittel dem Gericht vorgelegt wird. Alternativ könnten auch Anwaltskolleg:innen aus derselben Kanzlei zur Prozessführung bevollmächtigt werden oder die „Anwaltsurkunde“ errichten. Weiters wäre es aufgrund des geplanten § 12 auch möglich, dass eine Rechtsanwältin/ein Rechtsanwalt, die/der ausschließlich eine Partei beraten hat und somit klar parteiisch ist, in weiterer Folge den Abtretungsvertrag in Form einer „Anwaltsurkunde“ errichtet. An dieser Stelle sei auch erwähnt, dass Notar-Partner:



schaften lediglich in Form einer offenen Gesellschaft sowie einer Kommanditgesellschaft gegründet werden können, wohingegen Rechtsanwalts-Gesellschaften in Form einer GmbH gegründet werden können und daher auch eine potentielle Befangenheit der Gesellschafter:innen einer derartigen GmbH im Zusammenhang mit der Errichtung einer solchen „Anwaltsurkunde“ bestehen könnte.

Zusammengefasst zeigen die angeführten Konstellationen deutlich, dass die dem Berufsbild des Notars/der Notarin immanente, auch durch strenge Berufsregelungen abgesicherte Unparteilichkeit und Objektivität für die in § 12 vorgesehene „Anwaltsurkunde“ nicht sichergestellt ist.

- l) Da Urkunden über Anteilsabtretungen gemäß § 26 GmbHG iVm § 11 FBG in der Regel nicht vorzulegen sind, würden solche **Abtretungen mittels „Anwaltsurkunde“ zu einer völlig ungeprüften Eintragung in einem öffentlichen Register** führen.
- m) Vollmachten, aufgrund derer ein Abtretungsvertrag unterfertigt werden soll, sind von Notar:innen zu beglaubigen und unterliegen daher auch den notariellen Formvorschriften einer notariellen Beglaubigung. Bei der **„Anwaltsurkunde“ gemäß § 12 Begutachtungsentwurf** würde hingegen **keine** den Formvorschriften der notariellen Beglaubigung entsprechende **Identitätskontrolle** hinsichtlich der involvierten Personen erfolgen. **Dadurch wird der Möglichkeit von Fake-Identitäten weiter Vorschub geleistet.**
- n) Die Möglichkeit, die Übertragung von Geschäftsanteilen ohne Notariatsakt vorzunehmen wird dazu führen, dass die Erforschung der wahren Eigentümer:innen erschwert wird. Notariatsakte verbleiben dauerhaft in der Verwahrung der beurkundenden Notarin und müssen von deren Amtsnachfolgerin weiterhin verwahrt werden. Da derartige Regelungen über die Amtsnachfolge für den Beruf der Rechtsanwält:innen nicht bestehen, muss damit gerechnet werden, dass Urkunden über die Übertragung von Geschäftsanteilen in Zukunft schwer oder gar nicht mehr auffindbar sein werden und damit auch die Ermittlungen von Strafverfolgungsbehörden erschwert bzw. unmöglich gemacht werden, wenn diese die wahren Gesellschafter feststellen müssen. Die Einstellung in ein Archiv kann dies nicht verhindern, wenn die Rechtsanwältin, die die Urkunde aufgenommen hat, den Beruf nicht mehr ausübt, ist die Auffindbarkeit der Urkunde kaum mehr möglich. Das Institut der mittlerweiligen Stellvertretung gem. § 34 Abs. 4 RAO ist in keiner Weise der Amtsnachfolge nach einer Notarin gem. §§ 146ff NO vergleichbar.

Insgesamt ist festzuhalten, dass aus Sicht der Österreichischen Notariatskammer die Forderung einer vergleichsweise sehr kleinen Gruppe der Wirtschaftstreibenden, die im





Übrigen primär an einem „exit“ und damit dem gewinnbringenden Verkauf (meist ins Ausland), nicht aber dem Erhalt von Arbeitsplätzen und Wertschöpfung im Inland interessiert ist, im Vergleich zu den übrigen 95 % der österreichischen Wirtschaftstreibenden kein überproportionales Gewicht beigemessen werden sollte. Diese Forderung sollte nicht dazu führen, Sicherheitsstandards bei Anteilsabtretungen und Kapitalerhöhungen massiv herunterzufahren. Aus den genannten Gründen wird die Beibehaltung der notariellen Beurkundung auch bei Anteilsabtretungen dringend empfohlen.

11) Stückanteile (§ 13 FlexKapGG)

Die Formulierung des § 13 des Entwurfes erscheint missglückt, lässt sie doch unterschiedliche Auslegungen zu. Die Einführung gleich mehrerer neuer Begriffe (Stückanteile, Stammeinlagenanteile) schafft Verwirrung. Einfacher wäre es, das Halten mehrerer Geschäftsanteile durch ein und dieselbe Person generell zuzulassen.

Der zweite Satz des Entwurfs von § 13 widerspricht diametral dem ersten Satz. Es ist nicht klar, ob es weiterhin nur einen Geschäftsanteil als solchen, der dann im Firmenbuch in verschiedene Stückanteile unterteilt ist, geben soll, oder ob – wenn Stückanteile durch den Gesellschaftsvertrag eingeführt werden – eine Person tatsächlich mehrere Geschäftsanteile halten kann. Denn wenn ein Geschäftsanteil aus mehreren Stückanteilen bestehen kann, gilt § 75 Abs. 2 GmbHG für den Geschäftsanteil unverändert.

Schließlich kommt es in § 13 und § 14 des Entwurfs zu einer Vermengung der Begriffe „Stückanteil“ und „Geschäftsanteil“. Die Stückanteile wären dann gesondert im Firmenbuch einzutragen. Eine entsprechende Änderung des FBG fehlt jedoch im vorliegenden Entwurf.

§ 13 sollte daher schlicht lauten: *„Eine Gesellschafterin kann auch mehrere Geschäftsanteile einer Gesellschaft halten.“*

12) Eigene Anteile (§§ 15 bis 18 FlexKapGG)

Den Erwerb eigener Anteile nach dem Vorbild des Aktienrechtes einzuführen ist positiv. Gemäß § 15 FlexKapGG darf die Gesellschaft eigene Anteile von maximal einem Drittel des Stammkapitals erwerben. Hier wurde nach dem Vorbild des Aktienrechtes eine Höchstgrenze eingezogen. Gemäß § 16 FlexKapGG sind erworbene Geschäftsanteile, die mehr als die Hälfte des Stammkapitals ausmachen, allerdings innerhalb von drei Jahren nach Erwerb zu veräußern. Daraus könnte wiederum geschlossen werden, dass nunmehr eigene Anteile in Höhe der Hälfte des Stammkapitals zulässig sind und ein darüberhinausgehender Anteil einer Veräußerung zuzuführen ist. In den Erläuterungen wird allerdings klar festgehalten, dass die Gesellschaft selbst maximal ein Drittel des Stammkapitals erwerben kann. Sohin scheint die Bestimmung des § 16 FlexKapGG in





Zusammenhang mit § 15 FlexKapGG und den Erläuterungen **widersprüchlich**. Im Sinne der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit, sollte dieser Umstand explizit klargestellt werden.

13) Bedingte Kapitalerhöhung und Bezugsrecht (§§ 19 und 20 FlexkapGG)

Die Bestimmungen zur bedingten Kapitalerhöhung decken sich größtenteils mit den Bestimmungen des § 159 AktG. Im Aktienrecht ist für die bedingte Kapitalerhöhung eine Mehrheit von drei Viertel des Grundkapitals notwendig. Ein erhöhtes Quorum für die Ergreifung dieser Maßnahme findet man im Entwurf der FlexKapG nicht, auch keinen Verweis darauf. Erst in den Erläuterungen zum Entwurf findet man den Verweis auf § 50 Abs. 1 GmbHG, wonach eine Mehrheit von drei Viertel gefordert wird. Es wäre wünschenswert, wenn die notwendigen Mehrheiten für einen wirksamen Beschluss auch in den Gesetzestext übernommen würden, dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass das GmbHG die bedingte Kapitalerhöhung nicht kennt und sohin der Verweis auf das Aktienrecht schlüssiger scheint.

Ebenso sieht die bedingte Kapitalerhöhung vor, dass in diesem Zusammenhang eine Sacheinlage gemäß §§ 6, 6a, 10 und 10 GmbHG möglich wäre, dies wenn die „Einbringung von Sacheinlagen ausdrücklich und fristgemäß angekündigt worden ist“. Welche Fristen hier einzuhalten sind und in welchem Zusammenhang man von einer ausdrücklichen „Ankündigung“ sprechen kann, lässt der Entwurf offen. Die Erläuterungen zum Entwurf enthalten sodann den Verweis auf § 161 AktG, wonach die Einbringung von Sacheinlagen „in der Tagesordnung ausdrücklich angekündigt worden sein muss“. Die Frist wird sich augenscheinlich auf die Aussendung der Tagesordnung vor Versammlung der Gesellschafter:innen beziehen. Dieser Verweis wäre in den Gesetzestext aufzunehmen, da hier auf das Aktienrecht verwiesen wird und der Generalverweis auf das GmbH-Recht hier Verwirrung stiften kann. Mangels eines weiteren Verweises hinsichtlich der Frist zur Einberufung einer ordentlichen Gesellschafterversammlung wird wiederum das GmbH-Recht zur Anwendung gelangen.

Die Kapitalerhöhung müsste erst innerhalb eines Monats nach Ablauf des Geschäftsjahres zur Eintragung in das Firmenbuch angemeldet werden und lehnt sich sohin an die Bestimmung des § 168 AktG und nicht an § 162 AktG oder § 53 GmbHG an. Eine kürzere Frist im Sinne der Rechtssicherheit und des Rechtsschutzes könnte angedacht werden. Die Bezugnahme auf das Aktienrecht (Kapitalerhöhung und Ausgabe von Bezugsrechten), welches einen zweistufigen Vorgang in diesem Zusammenhang kennt, dürfte hier wohl überschießend sein.

14) Genehmigtes Kapital (§ 21 FlexKapGG)

Die Möglichkeit, durch genehmigtes Kapital rasch, flexibel und unbürokratisch günstige Marktgegebenheiten oder Geschäftschancen auszunutzen, ohne vorher die Zustimmung





der Generalversammlung einholen zu müssen, ist im Sinne der Flexibilität als positiv zu erachten. Durch die Orientierung am aktienrechtlichen Vorbild (§§ 169 ff AktG) kann hier auf entsprechende Erfahrungswerte aus der Praxis sowie Rechtsprechung zurückgegriffen werden.

15) Sonstige Finanzierungsformen (§ 22 FlexKapGG)

Die Ermöglichung sonstiger am Aktienrecht orientierter Finanzierungsformen (§ 174 AktG; Wandelschuldverschreibungen, Gewinnschuldverschreibungen) ist im Sinne der Flexibilität grundsätzlich zu begrüßen, darf jedoch nicht zulasten der Rechtssicherheit gehen. Zu beachten ist, dass die Ausgestaltung von Genussrechten keiner gesetzlichen Regelung unterliegt und daher weitgehende Gestaltungsfreiheit besteht. In Anbetracht dessen wäre es im Sinne der ausreichenden Determiniertheit von Gesetzen zweckmäßig, dem Wortlaut konkretere Konturen zu verleihen. So könnten die von der Bestimmung erfassten Finanzierungsinstrumente – wenn nicht schon taxativ – dann zumindest demonstrativ angeführt werden. Zudem sollte ein Verweis auf § 174 AktG aufgenommen werden, welcher nach den Erläuterungen als Vorbild gedient haben soll. Erwägenswert wäre auch eine Verordnungsermächtigung, sodass mittels Verordnung, in der die „neuen“ Finanzierungsformen aufgezählt werden, zeitnah auf dynamische Entwicklungen (neue Finanzierungsinstrumente) reagiert werden kann.

16) Kapitalherabsetzung durch Einziehung von Geschäftsanteilen (§ 23 FlexKapGG)

Da nunmehr die Möglichkeit des Erwerbs eigener Anteile besteht (§ 15 FlexKapG), ist es zu befürworten und durchaus systemkonsistent, auch die bekannte Kapitalherabsetzung durch Einziehung von Geschäftsanteilen aus dem Aktienrecht (vgl § 192 AktG) zu übernehmen und an die besonderen Erfordernisse anzupassen. Dadurch besteht jetzt die Basis für gesellschaftsvertragliche Austritts- und Ausschlussrechte auch abseits von Anteilsübertragungen auf Ebene der Gesellschafter. Durch den Verweis auf die Vorschriften über die ordentliche Kapitalherabsetzung in Abs. 2 wird dem Gläubigerschutz Rechnung getragen.

17) Wirksamwerden der Einziehung (§ 24 FlexKapGG)

Fraglich ist, was mit der Formulierung „... eine auf die Vernichtung der Rechte aus bestimmten Geschäftsanteilen gerichtete Handlung der Gesellschaft.“ gemeint ist, zumal auch die Erläuterungen dazu schweigen. Auch ist das daran anschließende Prozedere un geregelt. Eine diesbezügliche **Klarstellung** bzw. Konkretisierung wäre wünschenswert.



18) Umwandlung einer FlexKapG in eine GmbH und einer GmbH in eine FlexKapG (§ 25 FlexKapGG)

Die Bestimmung wäre dann nicht notwendig, wenn die FlexKapG in das bestehende GmbHG integriert würde, was sich insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Deregulierung anbieten würde. Der Schutz der Gläubiger:innen ist im Übrigen durch die sinngemäße Anwendung der Bestimmungen des GmbHG (§ 1 Abs. 2 FlexKapGG) gewahrt, sodass weitergehende Regelungen entbehrlich sind. Es scheint zweckmäßig, in Abs. 3 noch näher auszuführen, welche „weiteren zur Durchführung der Umwandlung nötigen Abänderungen des Gesellschaftsvertrages“ im Umwandlungsbeschluss festzusetzen sind.

Da für die FlexKapG andere Bestimmungen betreffend Aufsichtsrat bestehen, ist fraglich, zu welchem Zeitpunkt ein allenfalls bei einer GmbH nicht eingerichteter Aufsichtsrat, der aber nach den Regeln des FlexKapGG einzurichten wäre, im Fall der Umwandlung in eine FlexKapG zu bestellen wäre.

19) Umwandlung einer FlexKapG in eine AG und einer AG in eine FlexKapG (§ 26 FlexKapGG)

Der Rückgriff auf die bestehenden Bestimmungen ist zu befürworten, zumal sich diese in der Praxis bewährt haben und im Rahmen der Auslegung auf reichhaltige Judikatur zurückgegriffen werden kann.

20) Änderung des Wirtschaftliche Eigentümer Registergesetzes

Die Österreichische Notariatskammer regt an, dass die Befreiung von der Meldepflicht gem. § 6 Abs. 2a WiEReG in der vorgeschlagenen Fassung nur dann eintritt, wenn keine Unternehmenswertanteile ausgegeben wurden.

Unternehmenswertanteile sind Aktien näher als Geschäftsanteilen einer GmbH. Die Gesellschafter dieser Anteile scheinen nicht im Firmenbuch auf und können daher auch nicht aus dem Firmenbuch in das WiEReg übernommen werden. Unternehmenswertanteile gem. § 9 Abs. 1 FlexKapGG in der vorgeschlagenen Fassung können bis zu 25 % ausmachen. Es kann daher sein, dass ein einzelner Gesellschafter, der diese Unternehmenswertanteile hält alleine mit diesen Anteilen Kontrolle im Sinne eines wirtschaftlichen Eigentums unter Beachtung der FATF-Standards mit 25 % Beteiligung hält. Die Schwelle von 25 % plus ein Anteil wird hinkünftig nicht mehr haltbar sein. Auf die Vorschläge zum EU-Geldwäschepaket wird verwiesen. In diesen ist eine Angleichung der Schwelle an den FATF-Standard von 25 % vorgesehen, wie dieser in den Erläuterungen zu FATF-Empfehlung Nr. 24 dargelegt ist. Falls eine/ein Gesellschafter:in reguläre Anteile und Unternehmenswertanteile hält, ist der tatsächliche Einfluss auf die Gesellschaft und somit die Kontrolle und allfälliges wirtschaftliches Eigentum nicht erkennbar.



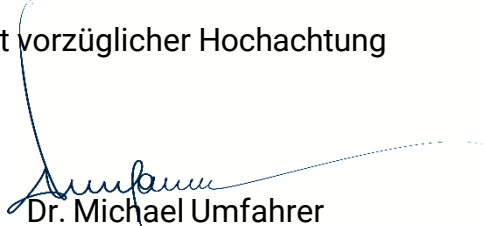


ÖSTERREICHISCHE
NOTARIATSKAMMER

Unternehmenswertanteile bieten daher die Möglichkeit, das wahre wirtschaftliche Eigentum zu verschleiern, weshalb eine Befreiung von der Meldepflicht im Gleichlauf mit den Bestimmungen zur Aktiengesellschaft nicht vorgesehen werden sollte.

Die Österreichische Notariatskammer hofft, mit dieser Stellungnahme dienlich gewesen zu sein und ersucht höflich um Verständigung von weiteren Schritten in diesem Gesetzgebungsprozess.

Mit vorzüglicher Hochachtung


Dr. Michael Umfahrer
(Präsident)

