

NZ 2023/136

## Publikumsschutz und Transparenz im Entwurf zum GesRÄG 2023 und FlexKapGG

Der Begutachtungsentwurf zu einem GesRÄG 2023 samt FlexKapGG enthält zahlreiche für Gründer günstige Regelungen. Werden dabei aber auch Publikumsschutz und Transparenz gewahrt? Der folgende Beitrag meint: nein.<sup>1</sup>

Von Christian Zib

### Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Anteilsübertragung und Übernahmeerklärung bei Kapitalerhöhung
- C. Anteilsübertragung in elektronischer Kommunikation
- D. Unternehmenswert-Beteiligte und Transparenz
- E. Zusammenfassung

### A. Einleitung

Der in Begutachtung befindliche Ministerialentwurf zu einem GesRÄG 2023 samt enthaltenem „Flexible Kapitalgesellschafts-Gesetz“ (FlexKapGG) ist kurz, aber von hoher Praxisrelevanz. Das gilt ua für die vorgesehene Absenkung des Mindeststammkapitals der GmbH von € 35.000,- auf € 10.000,-. Sie führt zur Beseitigung der rein fiskalisch motivierten, gesellschaftsrechtlich aber systemwidrigen und deshalb vom OGH vor den VfGH gebrachten Regelung der Gründungsprivilegierung in § 10b GmbHG (Stammkapital € 35.000,-, aber zehn Jahre lang ohne realen Gehalt).<sup>2</sup> War dem OGH damals kein Erfolg beschieden,<sup>3</sup> so steht nun eine Reparatur durch den Gesetzgeber bevor. Ihre Richtung – die generelle Senkung der Seriositätsschwelle – ist freilich kritisch zu beurteilen.

In diesem und anderen Punkten gilt: Das GmbH-Recht ist nicht nur ein Gesellschaftsrecht der Gesellschaften und ihrer Gesellschafter, sondern auch derer, die erst Gesellschafter werden wollen, und des Publikums. Das kommt im Entwurf etwas zu kurz. Im Folgenden sollen daher einige Bestimmungen des vorgeschlagenen FlexKapGG unter dem Aspekt von Publikumsschutz und Transparenz betrachtet werden.

### B. Anteilsübertragung und Übernahmeerklärung bei Kapitalerhöhung

Der Anteilswerb an einer FlexKapG ist nicht weniger gefährlich als der an einer GmbH. Das gilt gerade auch

für die in den Fokus des Entwurfs gerückten Start-ups<sup>4</sup> mit geringer Kapitalaufbringung und geringer unternehmerischer Erfahrung (sonst wäre volle Sachgründung einer GmbH nach § 6a Abs 2 GmbHG unter Einbringung des bestehenden Unternehmens möglich). Ein Aufklärungsbedarf, dass den Anteilserwerber auch bei einer geringen Stammeinlage (§ 3 ME) eine weitaus höhere Haftung für Einlagenrückgewähr an ihn selbst oder seine Mitgesellschafter (§ 83 Abs 2 und 3 GmbHG),<sup>5</sup> eine Haftung für Insolvenzverschleppung bei Einflussnahme, eine (Geschäftsführer-)Haftung für nicht abgeführte Abgaben etc, bei größeren Beteiligungen auch eine beträchtliche Haftung für ausstän-dige Stammeinlagen nicht nur des Veräußerers (§ 78 Abs 2 GmbHG), sondern auch von Mitgesellschaftern (§ 70 GmbHG) treffen kann, ist daher gegeben. Das ist deshalb von Bedeutung, weil bei Gesellschaftern häufig die Vorstellung besteht, dass bei der GmbH (und damit auch bei der FlexKapG) das wirtschaftliche Risiko auf die Einlage oder den Anteilskaufpreis beschränkt wäre.

Die Aufklärung über die mit dem Erwerb von Geschäftsanteilen einer GmbH typischerweise verbundenen besonderen Gefahren und Risiken ist nach Rsp und Lehre essentiell und einer der Formzwecke des Notariatsakts.<sup>6</sup>

Für die Anteilsübertragung bei FlexKapG sieht der Entwurf nun alternativ zum Notariatsakt eine Formpflicht sui generis<sup>7</sup> mit Urkunde eines Rechtsanwalts oder Notars vor (§ 12 ME).

Der Rechtsanwalt hat dabei „die Zulässigkeit der Anteilsübertragung zu überprüfen und beide Parteien über die Rechtsfolgen ihrer Erklärungen und mögliche weitere Voraussetzungen für die Wirksamkeit der Übertragung zu belehren“ (§ 12 Abs 1 ME). Eine Pflicht, vor möglicher Übervorteilung einer Partei zu warnen (so für den Notariatsakt § 53 NO), ist nicht enthalten, auch nicht in § 10 Abs 4 RAO, auf den § 12 Abs 4 ME verweist. Das beruht darauf, dass § 10 Abs 4 RAO und

<sup>1</sup> Die Arbeit bildet eine erweiterte Fassung der Stellungnahme des Autors im Begutachtungsverfahren zum GesRÄG 2023. Sie beruht nicht auf einem Gutachten oder einer Anfrage aus der Praxis.

<sup>2</sup> OGH 9. 10. 2014, 6 Ob 111/14 p ua.

<sup>3</sup> VfGH 14. 3. 2017, G 311/2016: nicht verfassungswidrig.

<sup>4</sup> ErläutME 1.

<sup>5</sup> So die hL, Artmann/Rüffler, Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> (2020) Rz 1071; Schopper in Gruber/Harrer, GmbHG<sup>2</sup> § 78 Rz 15; H. Foglar-Deinhardstein, Verdeckte Gewinnausschüttung (2019) Rz 1/225 ff.

<sup>6</sup> Vgl nur OGH 23. 4. 2020, 6 Ob 59/20z.

<sup>7</sup> ErläutME 10.

§ 5 a NO nicht für Verträge, sondern für einseitige Erklärungen geschaffen wurden (Errichtung einer Vorsorgevollmacht, § 262 ABGB; verbindliche Patientenverfügung, § 6 PatVG),<sup>8</sup> bei denen nur die Interessenwahrung einer Partei das Thema bildet, weshalb dort auch nur von der Belehrung „der Partei“ die Rede ist. Die gesetzliche Risikoaufklärung bleibt daher bei der Anwaltsurkunde hinter der beim Notariatsakt zurück.

Zwar hat die Rsp bei der Vertragserrichtung eine Pflicht des Rechtsanwalts bejaht, auch die ihn nicht (ausdrücklich) mandatierende Vertragspartei – wenn er ihr gegenüber auftritt – vor möglicher Übervorteilung (zB Kaufpreis) zu warnen.<sup>9</sup> Ob diese Rsp zur Vertragserrichtung auf die bloß qualifizierte Zeugenschaft<sup>10</sup> nach § 10 Abs 4 RAO, § 5 a NO (Errichtung einer Urkunde „über ein Rechtsgeschäft“, § 12 Abs 1 ME) übertragbar ist oder dort angesichts der ausdrücklichen Pflichtenumschreibung nur das gesetzlich Geregelterte gilt, ist aber unklar.

Davon abgesehen wird mit § 12 ME die dem Berufsbild des Rechtsanwalts nach § 9 Abs 1 RAO widersprechende<sup>11</sup> und daher grundsätzlich verbotene (§ 10 Abs 1 RAO) Doppelvertretung von der bisherigen Ausnahme bei Vertragserrichtung<sup>12</sup> zum gesetzlich vorgesehenen Standardfall für die Errichtung der Anwaltsurkunde gemacht.

Fraglich ist daher, ob der vertragsentwerfende Rechtsanwalt auch die Anwaltsurkunde errichten darf. Wurde er für die Vertragserrichtung von beiden Parteien manda-

tiert, so wird dies nach der RAO zulässig sein. Hat er aber den Vertrag nur für eine Partei gestaltet, so gerät die Belehrung auch der anderen Partei bei Erstellung der Anwaltsurkunde mit dem Verbot der Doppelvertretung in Konflikt: Nach § 10 Abs 1 RAO muss der Rechtsanwalt die Vertretung oder auch nur die Erteilung eines Rates ablehnen, wenn er die Gegenpartei in derselben oder in einer damit zusammenhängenden Sache vertreten hat.

Nach § 12 Abs 4 ME darf der Rechtsanwalt in Sachen, an denen er „selbst beteiligt“ ist, keine Urkunden über Anteilsübertragungen oder Übernahmeerklärungen errichten. Selbst beteiligt ist er nach den ErläutME 10f „etwa auch dann“, wenn er als Vollmachtnehmer oder Vollmachtgeber, gesetzlicher Vertreter, Treuhänder oder Treugeber, Kurator oder Testamentsvollstrecker in der betreffenden Sache (im fremden Namen) einschreitet. Das entspricht § 33 Abs 1 Z 1 NO. § 33 NO enthält aber weitere Fälle der Ausgeschlossenheit des Notars – und im Übrigen auch seiner substitutionsberechtigten Notariatskandidaten –, um Interessenkollisionen zu vermeiden.

Beide genannten Regelungen lassen Wesentliches offen: Denn anders als in den bisherigen Fällen einer belehrenden Anwaltsurkunde (Vorsorgevollmacht, verbindliche Patientenverfügung, § 4 Abs 2 SVG) geht es bei der Anteilsübertragung an FlexKapG um eine Belehrung mehrerer Parteien mit divergierenden Interessen. Zum Informationsgefälle zwischen Anteilsveräußerer und Erwerber kann dabei ein Beratungsgefälle kommen, insb wenn der Rechtsanwalt ständig von der Gesellschaft (oder vom veräußernden Gesellschafter) mandatiert ist. Ein Beratungsgefälle kann auch in umgekehrter Richtung bestehen, wenn ein größerer Investor sein Anwaltsnetzwerk mit der Vertragserrichtung beauftragt. Ob der Rechtsanwalt dann jeweils iSd § 12 Abs 4 ME „selbst beteiligt“ und von der Errichtung der Anwaltsurkunde ausgeschlossen ist, lässt sich nach den ErläutME 10f nicht sagen, weil dort nur Fälle der Stellvertretung und Treuhand genannt werden. Bei intensiver Klientenbeziehung zu einer Partei wird eine Warnung der anderen vor möglicher Übervorteilung – soweit man sie überhaupt als verpflichtend sieht (vgl oben) – uU zurückhaltend ausfallen. Natürlich kann auch die andere Vertragspartei einen Rechtsberater beziehen, dann verdoppelt sich aber der Beratungsaufwand gegenüber dem bisherigen Zustand.

Die Stellungnahme der Österr Richterinnen- und Richtervereinigung im Begutachtungsverfahren zeigt, dass dies auch in der Justiz als Problem gesehen wird. Dort wird deshalb darauf hingewiesen, dass eine Vorlage und inhaltliche Prüfung der geplanten Anwaltsurkunde durch das FirmenbuchG künftig zwingend erscheint.<sup>13</sup>

<sup>8</sup> AB zur RAO-Nov BGBl I 2006/93, 1513 BlgNR 22. GP 1. § 5 a NO wurde mit dem BRÄG 2008 nachgezogen.

<sup>9</sup> OGH 25. 11. 2020, 23 Ds 6/19p; RS0054994: Wird ein Vertrag unter der alleinigen Intervention nur eines Rechtsanwalts formuliert und schreitet bis zum Vertragsabschluss ausschließlich dieser Rechtsanwalt für die Vertragsteile ein (Übermittlung des Vertragsentwurfs an den Verkäufer zur Genehmigung), so hat er beide Vertragsteile unparteiisch mit gleicher Sorgfalt und Treue zu behandeln und vor Interessengefährdungen (in casu: Kaufpreis) zu bewahren. Deutlicher für die Errichtung einer Privaturkunde durch einen Notar (§ 5 NO) OGH 3. 3. 2008, 9 Ob 30/07p (Grundstückskauf): Der Notar hat, auch wenn er nur von einer Partei mit der Errichtung der Vertragsurkunde beauftragt wurde, diese nicht gegen die andere Partei zu vertreten, sondern als Verfasser der gemeinsamen Urkunde beide Parteien gleichermaßen über die rechtlichen und wirtschaftlichen Auswirkungen der einzelnen Vereinbarungen zu belehren. Er muss beide Parteien mit gleicher Sorgfalt behandeln und ihre Interessen wahrnehmen. Er hat die Vertragsparteien auch über allfällige widrige Folgen (zB Durchführung vor Bezahlung des gesamten Kaufpreises, Bestehen eines ungesicherten Kaufpreisrestes) aufzuklären.

<sup>10</sup> ErläutRV zum BRÄG 2008, 303 BlgNR 23. GP 27 (zu § 5 a NO).

<sup>11</sup> Der Rechtsanwalt ist verpflichtet, die Rechte und Interessen seiner Partei zu vertreten. Diese Interessenwahrungspflicht ist Kardinalspflicht des Rechtsanwalts, RS0112203; Rohregger in Engelhart/Hoffmann/Lehner/Rohregger/Vitek, RAO<sup>11</sup> (2022) § 10 RAO Rz 5.

<sup>12</sup> Rohregger in Engelhart/Hoffmann/Lehner/Rohregger/Vitek, RAO<sup>11</sup> (2022) § 10 RAO Rz 10, 21; OBDK 30. 6. 2003, 11 Bkd 3/03 AnwBl 2003, 557 (Strigl).

<sup>13</sup> Stellungnahme der Österr Richterinnen- und Richtervereinigung 6; gleichlautende Bedenken auch in der Stellungnahme der GÖD/Bundesvertretung Richterinnen und Richter 3.

Anders als beim Notariatsakt (§ 63 NO) enthält die RAO auch keine Pflicht, bei mangelnder Sprachkenntnis einer Partei einen beeideten und zertifizierten Dolmetscher beizuziehen.

Urkunden eines Rechtsanwalts oder Notars nach § 10 Abs 4 RAO, § 5 a NO sind qualifizierte Zeugenschaft.<sup>14</sup> Sie sind Privaturkunden, keine öffentlichen Urkunden,<sup>15</sup> daher anders als ein Notariatsakt nicht mit den Beweiskwirkungen der §§ 292, 310 ZPO (Vermutung der Echtheit, voller Beweis des von der Urkundsperson Bezeugten) ausgestattet.

Von den genannten Unterschieden abgesehen, ist generell unklar, warum mit § 12 ME eine Formpflicht *sui generis* eingeführt werden soll:

In den ErläutME wird sie damit begründet, dass die Notariatsaktspflicht zur verlässlichen Identifizierung und umfassenden Belehrung der Parteien sowie zur Überprüfung der rechtlichen Zulässigkeit der Vorgänge vor allem von ausländischen Investorinnen teilweise als hinderlich empfunden wird.<sup>16</sup> Die ErläutME weisen aber selbst darauf hin, dass Notariatsakte ohnehin auch unter Nutzung einer elektronischen Kommunikationsmöglichkeit (gesicherte Videokonferenz) und damit ohne persönliche Anwesenheit oder Einschaltung eines Bevollmächtigten errichtet werden können (§ 69 b NO). Die Prüfung und Belehrung durch einen Rechtsanwalt würde von den genannten Investorinnen ebenso als hinderlich empfunden, wie die Errichtung eines Notariatsakts, ohne aber dessen weitergehende Funktionen zu erfüllen (zB die Pflicht, vor möglicher Übervorteilung einer Partei zu warnen). Das würde insgesamt eine Verschlechterung darstellen.

Damit bleibt als Begründung der Hinweis der ErläutME auf die politische Vorgabe des Regierungsprogramms, wonach bei der FlexKapG eine flexible Anteilsvergabe an Investorinnen mit minimalen digitalen Behördenwegen möglich sein soll.<sup>17</sup> Verringert werden die „Behördenwege“ (wenn man die Formpflicht mit den ErläutME als solche *iwS* bezeichnen will) aber nur dann, wenn der vertragsgestaltende Rechtsanwalt zugleich die Anwaltsurkunde errichtet, was wegen § 10 Abs 1 RAO allenfalls dann zulässig ist, wenn er den Vertrag im Auftrag beider Parteien gestaltet hat.

Die Geldwäschebestimmungen der §§ 8 a ff RAO, §§ 36 a ff NO gelten auch für die Anwaltsurkunde und die Notarurkunde nach § 12 ME,<sup>18</sup> denn Geldwäscheprävention ist formneutral. Nach § 12 ME sollen aber Rechtsanwälte nunmehr nicht nur zur Verhinderung bestimmter Straftaten (Geldwäsche etc), sondern bei der

Anteilsübertragung an einer FlexKapG generell als Kontrollorgane der Rechtmäßigkeit und der Identität eingesetzt werden, somit im öffentlichen Interesse (Parteien des Übertragungsvorgangs, Folgeerwerber, Gläubiger, Finanzbehörden ua).

Da das Firmenbuchgericht die Parteien nicht belehrt und auch keine Identitätsprüfung durchführt (und beides auch gar nicht kann) und im Übrigen auch den Vertrag zur Anteilsübertragung *idR* nicht prüft, weil er ihm gar nicht vorgelegt wird,<sup>19</sup> wird nach dem Entwurf eine staatliche Aufgabe – jedenfalls die Identitätsprüfung und Gesetzmäßigkeitskontrolle ist Aufgabe eines Staats, der ein öffentliches Register führt – nunmehr auf Rechtsanwälte ausgelagert.

Dafür reicht es aber nicht, eine Prüfung der Anteilsübertragung anzuordnen, und auch nicht, dass ein Verstoß zur Haftung führen kann, sondern es muss bei einer solchen Breitenwirkung auch institutionell abgesichert und die Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen sein, dass der Rechtsanwalt von einer Partei wirtschaftlich abhängig ist. Dass dies in der NO der Fall ist, ist kein regulatorischer Zufall. Das mündet aber letztlich wie bei Notaren in ein Erfordernis einer Systemisierung der Stellen, was bei Rechtsanwälten freilich nicht denkbar ist.

Schadenersatzpflichten bei unterbliebener Belehrung, wie sie beim Notariatsakt anerkannt sind,<sup>20</sup> bestehen auch bei der Anwaltsurkunde, sind aber keine Lösung des Problems, sondern nur *ex post*-Ausgleich in Geld für jene, die ihn erfolgreich geltend machen, während eine institutionelle Absicherung bereits präventiv die Richtigkeit des Firmenbuchstandes absichert. Anders als beim Notariatsakt ist bei der Anwaltsurkunde auch kein Solennitätsverlust vorgesehen,<sup>21</sup> der den Notar schon *ex ante* zu höchster Vorsicht zwingt.

Insgesamt sollen nach dem Entwurf künftig für Vorgänge mit denselben Risiken (Gründung und Anteilsübertragung bei GmbH und FlexKapG) drei verschiedene Regelungen der Risikoauflärung und Identitätsfeststellung mit unterschiedlicher Aufklärungs- und Kontrolldichte bestehen (beginnend bei keinerlei Aufklärung und eingeschränkter Identitätsprüfung, § 9 a GmbHG). Das ist wenig verständlich und macht vor allem deutlich, dass kein konsistenter Normzweck verfolgt wird. Zu bevorzugen ist die institutionell abgesicherte Form des Notariatsakts. § 9 a GmbHG könnte dann aufgehoben werden, weil mittlerweile § 69 b NO Notariatsakte in elektronischer Kommunikation ermöglicht.

<sup>14</sup> ErläutRV zum BRÄG 2008, 303 BlgNR 23. GP 27 (zu § 5 a NO).

<sup>15</sup> ErläutME 1, 10. Ebenso für § 5 a NO schon ErläutRV zum BRÄG 2008, 303 BlgNR 23. GP 27.

<sup>16</sup> ErläutME 1, 10.

<sup>17</sup> ErläutME 10.

<sup>18</sup> ErläutME 10.

<sup>19</sup> ErläutME 11. Letzteres entspricht der Rsp und Firmenbuchpraxis, ist aber weder aus § 11 FBG ableitbar (dort wird die Form der Anmeldung geregelt, nicht die Frage der Urkundenvorlage) noch sonst begründet.

<sup>20</sup> *Dobler in Zib/Umfahrer*, NO (2023) § 53 Rz 17.

<sup>21</sup> Vgl § 12 Abs 4 ME: „darf sie keine Urkunden nach Abs. 1 oder Abs. 2 errichten“; anders explizit § 33 Abs 2, § 66 NO.

Das Vorstehende gilt im Wesentlichen auch für die in § 12 ME ebenfalls erfasste Übernahmeerklärung bei Kapitalerhöhung mit Anwaltsurkunde, auch bei Umwandlung von Unternehmenswert-Anteilen in reguläre Geschäftsanteile.<sup>22</sup> Normzweck ist dort neben der Gesetzmäßigkeits- und Identitätsprüfung die Aufklärung, dass damit verschiedene Haftungen verbunden sind, bei Umwandlung von Unternehmenswert-Anteilen etwa die für den Beteiligten bisher ausgeschlossene Ausfallhaftung bei Einlagenrückgewähr an andere (§ 83 Abs 2 GmbHG) und die Ausfallhaftung nach § 70 Abs 2 GmbHG für bei Gesellschaftern uneinbringliche Stammeinlagen (§ 9 Abs 2 ME).

Von § 12 ME sollte daher insgesamt abgesehen werden.

### C. Anteilsübertragung in elektronischer Kommunikation

Die FlexKapG richtet sich ausweislich der ErläutME primär an Start-ups, die vorgeschlagene Form der Anteilsübertragung durch Anwaltsurkunde auch an ausländische Investoren.<sup>23</sup> Beide werden eine Anteilsübertragung in elektronischer Kommunikation präferieren. Ein Verfahren zur Prüfung (insb der Identität, das § 69b NO und der Notar-E-Identifikations-VO (NEIV) entsprechen würde, ist aber nicht vorgesehen. Der Rechtsanwalt hat die Identität der Partei nur „an Hand eines amtlichen Lichtbildausweises zu überprüfen“ (§ 12 Abs 4 ME iVm § 10 Abs 4 RAO).

Dass die Anteilsübertragung nach dem Entwurf mit Anwaltsurkunde möglich sein soll, ändert aber nichts am – bei Übertragung in elektronischer Kommunikation noch erhöhten – Risiko der Geldwäscherei, Umgehung von Sanktionen iZm dem Ukrainekrieg, des Sozialbetrugs, des Identitätsmissbrauchs etc. § 69b Abs 2 NO enthält iVm der NEIV umfangreiche Vorgaben, welche Maßnahmen zum Ausgleich dieser Risiken erforderlich sind, unter welchen Voraussetzungen sich der Notar für die Identitätsfeststellung eines Dienstleisters bedienen darf und welche Anforderungen an die Datensicherheit, die Fälschungssicherheit und die Verlässlichkeit der Personen, die den Identifikationsvorgang konkret durchführen, erfüllt sein müssen.

Solche Vorgaben müssten – sofern man § 12 ME überhaupt beibehält (vgl zuvor) – auch für Anwaltsurkunden in elektronischer Kommunikation geschaffen werden, weil Geldwäschepräventionsmaßnahmen, die durch Wahl einer nunmehr anderen Übertragungsform (anstelle des Notariatsakts) einfach ausgeschaltet werden können, offenkundig sinnlos sind.

Aufgrund der Verpflichtung des Notars zur Amtstätigkeit nach § 1 NO (§ 35 NO) ist die Errichtung von Notariatsakten in elektronischer Kommunikation nach § 69b

NO bei Vorhandensein der technischen Voraussetzungen verpflichtend.<sup>24</sup> Das gilt auch für die Anteilsübertragung an FlexKapG, sofern dort der Notariatsakt gewählt wird. Der Rechtsanwalt ist hingegen zur Vertretung und Beratung nicht verpflichtet (§ 10 Abs 1 RAO),<sup>25</sup> daher auch nicht zur Errichtung einer Anwaltsurkunde. Er kann somit wählen, ob er die künftig erforderlich werdenden Sicherungsmaßnahmen nach Art der NEIV anwendet oder die Parteien physisch in seine Kanzlei bestellt. Der Notar hat diese Wahl nicht.

### D. Unternehmenswert-Beteiligte und Transparenz

Die Unternehmenswert-Beteiligung (§ 9 ME) – eine korporative Beteiligungsform mit eingeschränkten Rechten (insb ohne Stimmrecht, Anfechtungsrecht und mit beschränkten Informationsrechten) – ist einerseits für die Beteiligung von Mitarbeitern gedacht,<sup>26</sup> steht aber auch zur Beteiligung Dritter offen. Bei innovativen Start-ups als primär anvisierter Zielgruppe<sup>27</sup> besteht ein nicht unbedeutendes Risiko, dass sie noch in der Wachstumsphase in Zahlungsschwierigkeiten geraten. Gläubiger müssen daher zumindest gegen unerlaubte Vermögensabflüsse geschützt sein.

Unternehmenswert-Anteile sind Teil des im Firmenbuch eingetragenen Stammkapitals, für sie gelten subsidiär die Regelungen über Geschäftsanteile (ErläutME 5; § 9 Abs 1 Satz 2 und Abs 6 ME). Unternehmenswert-Beteiligte müssen ihre Stammeinlage sofort in voller Höhe leisten (§ 9 Abs 2 ME), weshalb ausständige Stammeinlagen bei ihnen nicht möglich sind.

Eine Einlagenrückgewähr führt aber auch bei Unternehmenswert-Beteiligten zur Rückzahlungspflicht (§ 9 Abs 1 und 2 ME). Eine Ausfallhaftung bei Einlagenrückgewähr an andere (§ 83 Abs 2 GmbHG) wird für Unternehmenswert-Beteiligte hingegen ausgeschlossen, ebenso eine Ausfallhaftung nach § 70 Abs 2 GmbHG für bei regulären Gesellschaftern uneinbringliche Stammeinlagen (§ 9 Abs 2 ME). In den Mat wird das damit begründet, dass „die eingeschränkten Rechte aus der Gesellschafterinnenstellung durch ein deutlich reduziertes wirtschaftliches Risiko kompensiert werden“.<sup>28</sup> Diese Begründung trägt aber nicht: Die Ausfallhaftungen des GmbHG sind nicht kompensiert für das Stimmrecht, sondern werden dort im Interesse der Gläubiger angeordnet.

Auch unter den Einschränkungen des Entwurfs ist eine Transparenz der Unternehmenswert-Beteiligten für das Publikum ebenso bedeutsam wie die der Gesellschaf-

<sup>22</sup> Dazu ErläutME 8.

<sup>23</sup> ErläutME 10.

<sup>24</sup> Für § 69b NO die ErläutRV zum ENG, 253 BlgNR 26. GP 3; Zib in *Zib/Umfahrer*, NO § 69b Rz 10 f.

<sup>25</sup> Zur Gleichstellung von Vertretung und Beratung im Rahmen dieser Regelung *Rohregger in Engelhart/Hoffmann/Lehner/Rohregger/Vitek*, RAO<sup>11</sup> (2022) § 10 RAO Rz 12.

<sup>26</sup> ErläutME 4.

<sup>27</sup> ErläutME 1.

<sup>28</sup> ErläutME 4.



ter. Das gilt nicht nur für die Gläubiger bei Einlagenrückgewähr: Zwar können Behörden Zugriff auf alle verfügbaren, auch gesellschaftsinternen Daten (Anteilsbuch) verlangen, zu bedenken ist aber, dass Geldwäsche, Umgehung von Wirtschaftssanktionen etc in den letzten Jahren zunehmend durch investigative Journalisten-Netzwerke aufgedeckt werden. Diese haben nur jene Zugriffsmöglichkeiten, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen.

Unternehmenswert-Beteiligte werden aber im Gegensatz zu Gesellschaftern (§ 5 Z 6 FBG) nicht im Firmenbuch eingetragen, sondern nur eine Gesamtsumme aller Unternehmenswert-Anteile sowie der darauf geleisteten – zwangsläufig gleich hohen – Einlagen (§ 9 Abs 6 ME).

In der öffentlich zugänglichen und elektronisch abfragbaren Urkundensammlung soll sich nach dem ME nur eine Namensliste befinden (Name, Geburtsdatum, ggf Firmenbuchnummer). Die davon zu unterscheidende Anteilsliste, die auch die Stammeinlagen der Unternehmenswert-Beteiligten und die darauf geleisteten Einzahlungen enthält, ist zwar zum Firmenbuch einzureichen, aber nicht in die Urkundensammlung aufzunehmen (§ 9 Abs 8 ME). Sie befindet sich nur im Firmenbuchakt und ist nur im Wege der Akteneinsicht bei Vorliegen eines rechtlichen Interesses zugänglich.<sup>29</sup>

Beide Listen sind bei der erstmaligen Ausgabe von Unternehmenswert-Anteilen und danach jährlich spätestens neun Monate nach dem Bilanzstichtag zum Firmenbuch einzureichen. Sie müssen sich auf einen Zeitpunkt beziehen, der bei Einreichung höchstens einen Monat zurückliegt. Dabei sind in der Anteilsliste (nicht in der Namensliste!) 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 (§ 9 Abs 8 ME).

Unter dem Aspekt der Einlagenrückgewähr ist primär die Namensliste für Gläubiger von Bedeutung, um feststellen zu können, ob der Partner einer für die Gesellschaft nachteiligen Transaktion ein Unternehmenswert-Beteiligter war. Sie erliegt zwar in der Urkundensammlung, enthält aber nur einen einmal jährlich erstellten Snapshot, der zum Einreichungszeitpunkt einen Monat alt und selbst bei aktuellem Stand eine Woche später schon wieder überholt sein kann. Die beiden letztgenannten Unzulänglichkeiten bestehen auch bei der in der Urkundensammlung nicht zugänglichen Anteilsliste.

Davon abgesehen sind in der Namensliste Zwischenhaber gar nicht enthalten (§ 9 Abs 8 ME, ErläutME 8), was die Feststellung des Drittschuldners für Gesellschaftsgläubiger weiter erschwert. Häufig wird die Gesellschaft Zwischenhaber auch gar nicht kennen: Für die Übertragung von Unternehmenswert-Anteilen reicht die Einhaltung der Schriftform (§ 9 Abs 6 ME), da-

her auch qualifizierte elektronische Signatur.<sup>30</sup> Eine Pflicht zur Verständigung der Gesellschaft fehlt (wie auch bei der GmbH), ebenso fehlt aber eine Motivationsdruck erzeugende<sup>31</sup> Bindung der Beteiligtenrechte an die Eintragung in der Namens- und Anteilsliste. Eine subsidiäre (§ 9 Abs 1 Satz 2 ME) und eigentlich analoge (arg „Gesellschafter“) Anwendbarkeit des § 78 Abs 1 GmbHG soll nach den ErläutME 7 nicht stattfinden.

Stattdessen folgt aus dem Verweis auf die Bestimmungen über das Aktienbuch der AG (§ 9 Abs 7 ME), dass im Verhältnis zur Gesellschaft nur diejenigen Personen als Unternehmenswert-Beteiligte gelten, die als solche im Anteilsbuch eingetragen sind (§ 61 Abs 2 AktG; ErläutME 7). Das erzeugt eine Motivation zur Eintragung im nicht öffentlich zugänglichen Anteilsbuch, nicht aber zur Aufnahme in die via Urkundensammlung einsehbare Namensliste. Unter dem Transparenzaspekt hat dies keinen Nutzen.

Unter dem Gläubigerschutzaspekt muss vielmehr eine Pflicht zur laufenden Aktualisierung der Namensliste mit einer Begleitregelung bestehen, die einen Motivationsdruck zur Verständigung der Gesellschaft erzeugt, weil erst dann die Pflicht des Geschäftsführers zur Einreichung beim Firmenbuch nach § 9 Abs 8 ME greifen kann.

Anders als in § 10 b Abs 3 GmbHG findet sich im ME kein ausdrücklicher Ausschluss der Ausgabe von Unternehmenswert-Anteilen gegen Sacheinlagen. Ein solcher kann nur der einheitlichen Erwähnung von „Einzahlungen auf die Stammeinlage“ entnommen werden (§ 9 Abs 3 und 7 Z 2 ME; ErläutME 5). Die Frage sollte klargestellt werden. Sollte das Gegenteil gemeint sein und über die Verweisungen des ME (§ 9 Abs 1 auf § 5; § 1 Abs 2 ME) letztlich § 6 a Abs 1, § 52 Abs 6 GmbHG zur Anwendung gelangen, so wäre für Gläubiger bei Überbewertung auch die jeweilige Stammeinlage der Unternehmenswert-Beteiligten von Bedeutung (Differenzhaftung mit Drittschuldnerexekution). Sie ist aber nur in der Anteilsliste und daher nur im Firmenbuchakt zugänglich, was das Transparenzdefizit noch vergrößern würde.

Die Identität der Unternehmenswert-Beteiligten (Name, Geburtsdatum, ggf Firmenbuchnummer), ihre jeweilige Stammeinlage und die darauf geleistete Einzahlung sind in einem Anteilsbuch einzutragen, das von den Geschäftsführern zu führen ist und für das subsidiär die Bestimmungen über das Aktienbuch der AG sinngemäß gelten (§ 9 Abs 7 ME). In das Aktienbuch haben Dritte nach hL kein Einsichtsrecht.<sup>32</sup> Das Anteilsbuch der FlexKapG ist daher als Informationsmittel für Gläubiger nicht

<sup>29</sup> ErläutME 8.

<sup>30</sup> ErläutME 7.

<sup>31</sup> Dazu Zib in Zib, 25 Jahre Firmenbuch (2016) 25.

<sup>32</sup> *Haberer/Zehetner in Artmann/Karollus, AktG*<sup>6</sup> (2018) § 61 Rz 35, 38. Wenig ergiebig dazu OGH 16. 11. 1965, 8 Ob 260/65 SZ 38/198: Es ging dort nicht um Einsicht Dritter.

geeignet. Eine Erstreckung des Aktienbuches auf andere Gesellschaftsformen wurde deshalb in der Literatur schon früher abgelehnt.<sup>33</sup>

Der Entwurf führt daher zu einer weitgehenden Intransparenz der Unternehmenswert-Beteiligten. Daran ändert auch das Register der wirtschaftlichen Eigentümer nichts, weil die Unternehmenswert-Beteiligung zwingend unter seiner Wahrnehmungsgrenze einer 25%-Beteiligung<sup>34</sup> angesiedelt wurde (explizit ErläutME 5) und weil das Register nur die letztlichen wirtschaftlichen Eigentümer (natürliche Personen) ausweist, die bei indirekten wirtschaftlichen Eigentümern nicht mit den Gesellschaftern übereinstimmen.<sup>35</sup> Aufgrund der Trennung in Namensliste und Anteilsliste ist „von außen“ (ohne Akteneinsicht) auch nicht erkennbar, ob ein regulärer Gesellschafter zusammen mit einer Unternehmenswert-Beteiligung die 25%-Schwelle zum wirtschaftlichen Eigentümer überschreitet, was die ErläutME 17 f durchaus sehen.

Das Unionsrecht ist demgegenüber im Begriff, eine Hauspublizität von Gesellschaftern – soweit sie dort vorgesehen ist (Einpersonen-GmbH/AG) – zugunsten einer Firmenbuchpublizität abzuschaffen: Der Richtlinienvorschlag COM(2023) 177 zur Ausweitung und Optimierung des Einsatzes digitaler Werkzeuge und Verfahren im Gesellschaftsrecht wird diese Variante in Art 3 der EinpersonengesellschaftsRL 2009/102/EG streichen.

Die ErläutME 7 begründen die geminderte Transparenz der Unternehmenswert-Beteiligten damit, dass ein beträchtlicher Aufwand geschaffen würde, wenn jeder einzelne Beteiligungserwerb oder -zuwachs, wie er gerade bei Mitarbeiterinnen von Start-ups in der Praxis laufend vorkomme, zum Firmenbuch angemeldet werden müsste. Zum anderen bestehe diesbezüglich auch keine wirkliche Notwendigkeit, weil die Rechtsstellung der von der Willensbildung der Gesellschaft weitestgehend ausgeschlossenen Unternehmenswert-Beteiligten eher mit der von stimmrechtslosen Vorzugsaktionärinnen vergleichbar sei als mit jener von Gesellschafterinnen einer GmbH bzw FlexKapG.

Das mag zutreffen, spricht aber allenfalls gegen eine Eintragung, nicht aber gegen eine laufende Aktualisierung der Namensliste, in der nur die Person, nicht aber

ein Beteiligungszuwachs verzeichnet ist. Davon abgesehen besteht bei der AG ein professionelles Management und ein zwingender Aufsichtsrat, somit eine höhere Kontrolldichte, was bei den vom Entwurf anvisierten Start-ups mit € 10.000,- Mindestkapital nicht zu erwarten ist. Gerade wenn ein Beteiligungserwerb bei Mitarbeitern von Start-ups in der Praxis laufend vorkommt, wäre ein bloß einmal jährlicher Snapshot von Anteilsliste und Namensliste in Urkundensammlung bzw Firmenbuchakt untauglich.

Abgesehen davon, dass Intransparenz von Gesellschaftern heute nicht mehr zeitgemäß ist, zählten die Informationen über die Gesellschafter der GmbH schon 1990 bei den Vorarbeiten zum FBG zu den von den befassten Berufskreisen (insb der Rechtsanwaltschaft) am häufigsten gewünschten, weshalb sie in das Firmenbuch übernommen wurden.<sup>36</sup> Das frühere Anteilsbuch der GmbH wurde in der Praxis bekanntlich von den meisten Gesellschaften gar nicht geführt und daher mit dem FBG 1991 abgeschafft. Bei der FlexKapG wäre das gleiche Schicksal zu erwarten.

## E. Zusammenfassung

Unter dem Aspekt von Publikumsschutz und Transparenz weist der Entwurf zum FlexKapGG einige Defizite auf.

Bei der Anteilsübertragung an FlexKapG wird durch die alternativ zum Notariatsakt vorgesehene Formpflicht sui generis mit Anwaltsurkunde eine staatliche Aufgabe (Identitätsprüfung und Gesetzmäßigkeitskontrolle) auf Rechtsanwälte ausgelagert, was mit dem Berufsbild des Rechtsanwalts als alleinigem Vertreter der Interessen seiner Partei in Widerspruch gerät.

Für die gerade bei innovativen Start-ups als primärer Zielgruppe wichtige Errichtung von Anwaltsurkunden in elektronischer Kommunikation fehlen Vorgaben zur Identitätsfeststellung nach Art des § 69b NO iVm der NEIV. Geldwäschepräventionsmaßnahmen, die durch Wahl einer anderen Übertragungsform (anstelle des Notariatsakts) einfach ausgeschaltet werden können, sind aber offenkundig sinnlos.

Hinsichtlich der Unternehmenswert-Beteiligten besteht ein Transparenzdefizit. Die nur einmal jährlich zum Firmenbuch einzureichenden und nur teilweise in der Urkundensammlung verfügbaren Listen werden häufig überholt sein. Das bei der Gesellschaft zu führende Anteilsbuch hat sich schon früher nicht bewährt, weshalb es 1991 abgeschafft wurde.

### Über den Autor:

Dr. Christian Zib ist ao. Universitätsprofessor am Institut für Unternehmens- und Wirtschaftsrecht der Universität Wien.

<sup>33</sup> *Krejci*, SPE (2008) Rz 276 ff; *Krejci*, NZ 2008, 362 (368); *Haberer/Zehetner* in *Artmann/Karollus*, AktG<sup>6</sup> (2018) § 61 Rz 38. Für Übernahme der Registerführung durch das Firmenbuchgericht wie bei der GmbH *Bachner*, RdW 2011/549, 511 (513).

<sup>34</sup> § 9 Abs 1 ME; § 2 Z 1 lit a WiEReg; Art 42 Abs 1 Geldwäsche-VO-Vorschlag COM(2021) 420 final. Bei der Formulierung „juristische(n) Person(en)“ in Art 42 handelt es sich um einen Übersetzungsfehler, die englische Sprachfassung lautet „natural person(s)“.

<sup>35</sup> Nach Art 44 Abs 1 lit c des Geldwäsche-VO-Vorschlags COM (2021) 420 soll das Register zwar künftig auch eine Beschreibung der Kontroll- und Eigentumsstruktur enthalten, diese Information muss aber nach Art 12 des Vorschlags zur Sechsten GeldwäscheRL COM(2021) 423 final nicht öffentlich zugänglich sein.

<sup>36</sup> Statistik bei *Zib* in *Kralik/Rechberger*, Reformvorschläge für ein ADV-Handelsregister (1990) 111 (124).