

ÖSTERREICHISCHE NOTARIATS ZEITUNG

153. JAHRGANG

10
2021



MONATSSCHRIFT FÜR NOTARIAT UND VERFAHREN AUSSER STREITSACHEN

Aus dem Inhalt:

BEITRÄGE

Martin Auer:

Reform des Gesellschaftsrechts: Formpflicht bei der GmbH Seite 522

Friedrich Rüffler:

Reform des Gesellschaftsrechts: Firmenbuch und Gläubigerschutz Seite 526

Friedrich Harrer:

Reform des Gesellschaftsrechts: Die KGmbH Seite 531

RECHTSPRECHUNG

Keine analoge Anwendung von § 416 ABGB auf Grenzüberbauten bei Eigentümerschiedenheit (*Mario Billeth*) Seite 534

Zur Rechtsmittellegitimation eines abberufenen Geschäftsführers (*Felix Loewit und Antonia Werner*) Seite 560

Keine (analoge) Anwendung des § 879 Abs 2 Z 2 ABGB auf Verträge, die auf die Ausführung nicht anwaltlicher Tätigkeiten abzielen (*Christoph Kronthaler*) Seite 568

Gewöhnlicher Aufenthalt nach der EuErbVO (*Michael Otti*) Seite 575

Parteilstellung des Pflichtteilsberechtigten im Verlassenschaftsverfahren (*Bernhard Motal*) Seite 580

LEITUNG: Christian Rabl, Alexander Schopper, Alexander Winkler (Chefredakteur)

REDAKTION: Ludwig Bittner, Christian Koller, Elisabeth Lovrek, Peter G. Mayr, Gottfried Musger, Karl Stöger, Martin Trenker, Rudolf Welser

BEIRAT: Irene Faber, Christoph Grabenwarter, Andreas Kletečka, Helmut Ofner, Manfred Umlauf, Wolfgang Zankl

NZ 2021/142

Reform des Gesellschaftsrechts: Firmenbuch und Gläubigerschutz

In der aktuellen Diskussion zur Reform des Kapitalgesellschaftsrechts wird von manchen unter anderem die Institution des Firmenbuchs in seiner Ausgestaltung mit formeller und materieller Prüfpflicht der Firmenbuchgerichte fundamental kritisiert. Auch das Gläubigerschutzsystem, vom Grundsatz des Mindestkapitals bis hin zur Kapitalerhaltung, wird mit Hinweis auf andere Rechtsordnungen und deren Lösungen kritisiert oder abgelehnt. Der Beitrag untersucht die Argumente der Kritiker. Dabei wird insbesondere auf einen Beitrag von W. Doralt/Keyvan Rastegar/Gelter/Conac/Katharina Rastegar/Schuster (im Folgenden DRGCRS),¹ aber auch auf sonstige in der Diskussion bislang vorgebrachte Argumente eingegangen.² Es wird auf die GmbH abgestellt, die auch Hauptgegenstand der Reformüberlegungen ist, sei es, dass sie selbst reformiert oder dass aus ihr eine neue Gesellschaftsform „abgespalten“ werden soll, mit dem ursprünglichen Namen „Austrian Limited“, der nunmehr aber zu „Flexible Kapitalgesellschaft“ (FlexKapG) geändert worden sein soll.

Von Friedrich Rüffler

Inhaltsübersicht:

- A. Firmenbuch und materielle Prüfpflicht
 - 1. Zweck des Firmenbuchs, Regierungsprogramm
 - 2. Die Kritik
 - 3. Materielle Prüfpflicht
 - a) Materielle Prüfpflicht zur Sicherstellung der Richtigkeit des Firmenbuchs
 - b) Präventive Rechtmäßigkeitskontrolle als prozessvermeidendes Instrument

- c) Beeinträchtigung des Schutzes von Gläubigern und Gesellschaftern
- d) Materielle Prüfpflicht: Zusammenfassende Bewertung
- B. Kapitalaufbringung und -erhaltung
- C. Zusammenfassung

A. Firmenbuch und materielle Prüfpflicht

1. Zweck des Firmenbuchs, Regierungsprogramm

Wie die Materialien zum FBG festhalten, dient das Firmenbuch dazu, wichtige Tatsachen und Rechtsverhältnisse der in § 2 FBG näher aufgezählten Rechtsträger zu offenbaren, und zwar nicht nur im Interesse der Allgemeinheit, sondern auch im Interesse des Rechtsträgers selbst.³ Die stRsp des OGH formuliert dies so, dass es Aufgabe des Firmenbuchs sei, die grundlegenden Tatsachen und Rechtsverhältnisse der einzutragenden

¹ Austrian Limited: Die Pläne zur flexiblen Kapitalgesellschaft und die Reform des Gesellschaftsrechts, GesRZ 2021, 120.

² Zu nennen ist hier insbesondere ein vom Bundesministerium für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort („BMDW“) eingeholtes Gutachten von CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH und Herbst Kinsky Rechtsanwälte GmbH zu einem „Regelungskonzept einer zeitgemäßen, Gründer- und Investorenfreundlichen Gesellschaftsform in Österreich mit dem Arbeitstitel Austrian Limited“ vom 8. 9. 2020. Unterschrieben ist das Gutachten für die beiden Rechtsanwaltsgesellschaften von Univ.-Prof. Dr. Johannes Reich-Rohrwig (CMS), Dr. Phillip Kinsky (Herbst Kinsky) und Priv.-Doz. Dr. Sixtus-Ferdinand Kraus (CMS) („Gutachten CMS Reich-Rohrwig Herbst Kinsky“).

³ AB 23 BlgNR 18. GP 5.

Rechtsträger zu beurkunden und öffentlich einsichtig zu machen. Die Offenlegung diene sowohl dem Interesse der Allgemeinheit als auch demjenigen des eingetragenen Rechtsträgers. Zweck des Firmenbuchs sei nicht primär der Schutz aller möglichen Rechte von Dritten, sondern die Offenlegung von erheblichen Tatsachen und Rechtsverhältnissen der im Einzelnen vorgesehenen Rechtsträger im Interesse dieser und anderer Rechtsträger selbst sowie der Öffentlichkeit.⁴

Die Nützlichkeit der Offenlegung wird auch nicht wirklich bestritten und ist jedem in der Wirtschaft und im Rechtsleben Tätigen evident. Auch das Regierungsprogramm, das Anstoß für die Überlegungen zur Schaffung einer neuen Gesellschaftsform insbesondere für Start-ups war, hält fest, dass die Neuregelungen „angepasst an österreichische Standards“ sein sollten und sagt im Klammerausdruck, dass das „zB für die Transparenz aller Gesellschafterinnen und Gesellschafter“ gelte.⁵ Damit ist ein wesentlicher Aspekt der Offenlegung, derjenige der Gesellschafterinnen und Gesellschafter, angesprochen und es soll diesbezüglich keine Verschlechterungen geben. Dass die Transparenz anderswo abgebaut werden sollte, lässt sich daraus nicht entnehmen. Denn es ist die Transparenz der Gesellschafter und Gesellschafterinnen nur als ein Beispiel genannt, und wahrscheinlich war den Verhandlern des Regierungsprogramms (oder seinen Verfassern) die Wichtigkeit anderer Eintragungstatsachen und über die Urkundensammlung einsehbarer Dokumente nicht bewusst, wie zB der vertretungsbefugten Organe und der Art ihrer Vertretungsbefugnis, der Stammkapitalziffer, der Satzung der Gesellschaft samt ihren Änderungen und von Umgründungsmaßnahmen, ganz zu schweigen von den Rechnungslegungsunterlagen.

2. Die Kritik

Die Kritik richtet sich auch nicht gegen das Firmenbuch als solches (obwohl in der Frühphase des Diskussionsprozesses durchaus auch Pläne aufgetaucht waren, die Firmenbucheintragung der Gesellschafterinnen und Gesellschafter durch ein Anteilsbuch zu ersetzen; eine Nichteintragung von Gesellschaften in einem Register widerspräche zudem Art 14 ff der GesellschaftsrechtsRL⁶), sondern

man stößt sich vor allem an der materiellen Prüfpflicht der Firmenbuchgerichte. Im Erstaunen, dass ein Rechtsinstitut angegriffen wird, das unrichtige Firmenbucheintragen verhindert, wartet man auf besonders gute Argumente. Die Hoffnung wird freilich zunächst bitter enttäuscht, weil man sich anekdotisch auf „fast einhellige“ Berichte „erfahrener“ Rechtsanwälte beruft, dass Verbesserungsaufträge nur schwer vorhersehbar sein sollen.⁷ Quellen für die „fast einhelligen“ Berichte werden nicht genannt. Die Erfahrung des Verfassers dieses Aufsatzes ist eine andere und möglicherweise fehlt es den zitierten erfahrenen Beratern doch an einschlägiger Erfahrung oder Wissen. Aber wie auch immer: Weil ja weder Fakten noch Quellen vorgebracht werden, lässt sich auf solcher Basis nicht sinnvoll diskutieren. Die Fakten freilich sprechen eine andere Sprache, wie auch DRGCRS, wenn auch scheinbar nur widerwillig, zugestehen müssen. Denn die durchschnittliche Eintragungsdauer liegt nach verlässlichen (und auch zitierten) Quellen um die fünf Werkzeuge.⁸ Wenn es länger dauert, dann liegt es in der Regel an fehlerhaften (unvollständigen, rechtswidrigen) Eintragungsbegehren und nicht, wie DRGCRS insinuiert, den wirtschaftsfeindlichen Firmenbuchgerichten.

Damit geben sich DRGCRS nicht zufrieden und verweisen auf das ernüchternde Bild, das das „Ease of Doing Business Ranking“ der Weltbank zeichne, wonach sich Österreich beim Ranking „starting a business“, welches primär die Geschwindigkeit und Kosten einer Unternehmensgründung mit beschränkter Haftung misst,⁹ auf Platz 127 von 190 befinde und es werden dann eine Reihe von Ländern auch exotischer Herkunft aufgezählt, die vor Österreich liegen.¹⁰ Mag es schon an sich problematisch sein, den Wert einer Rechts- und Wirtschaftsordnung danach zu bemessen, in welcher Zeit, mit welchen Kosten, mit welchem Mindestkapital und mit wie vielen Schritten ein Unternehmen in der Rechtsform einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung gegründet

⁴ Vgl. OGH 17. 1. 2001, 6 Ob 121/00p sowie RIS-Justiz RS0108414 (T 1 und T 2); G. Nowotny in *Kodek/Nowotny/Umfahrer*, Firmenbuchgesetz (2005) § 1 Rz 3.

⁵ Vgl. Aus Verantwortung für Österreich Regierungsprogramm 2020–2024, abgerufen unter https://www.dieneuevolkspartei.at/Download/Regierungsprogramm_2020.pdf (62, abgefragt am 9. 9. 2021).

⁶ RL (EU) 2017/1132 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. 6. 2017 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts, ABl L 2017/169, 46, zuletzt geändert durch die RL (EU) 2019/2121 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. 11. 2019 zur Änderung der RL (EU) 2017/1132 in Bezug auf grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen, ABl L 2019/321, 1.

⁷ DRGCRS, GesRZ 2021, 124.

⁸ Vgl. DRGCRS, GesRZ 2021, 124 mit FN 43, unter Berufung auf *Kalss*, Das Firmenbuch – wichtige Infrastruktur für eine Marktwirtschaft, GesRZ 2020, 365, unter Berufung auf die Auskunft der Präsidentin des HG Wien; ebenso *Umfahrer*, Das österreichische Firmenbuch – ein Vorzeigeprojekt, in *S. Bydlinski/Wittmann-Tiwald*, 300 Jahre staatliche Handelsgerichtsbarkeit (2018) 69, 70. Die von DRGCRS ebenfalls zitierte Studie im Auftrag der KMU Forschung Austria „Analyse der Rahmenbedingungen, Hemmnisse und Hindernisse für innovative Unternehmensgründungen in Österreich“, welche 2017 von *RPCK Rastegar Panchal* verfasst worden ist, kommt zu einer Dauer von drei bis 47 Werktagen mit einem Durchschnitt von 16, ohne freilich Quellen zu nennen (S 32). Zur Methode der Studie, die wohl maßgeblich auf Experteninterviews beruht, S 4f. Die Studie ist unter https://www.kmuforschung.ac.at/wp-content/uploads/2017/12/INNO_Endbericht_FTI-Gr%C3%BCndungen.pdf abrufbar (Abfragedatum 6. 9. 2021).

⁹ Zur Methode s <https://www.doingbusiness.org/en/methodology/starting-a-business> (abgefragt am 6. 9. 2021).

¹⁰ DRGCRS, GesRZ 2021, 124.

werden kann, und darin bei Weitem nicht nur das Registerverfahren, sondern alle administrativen Akte inklusive zB der Dauer für die Zuteilung einer UID-Nummer und der Eröffnung eines Bankkontos einberechnet werden,¹¹ verschweigen die Autoren, dass die Weltbank das Ranking 2020 wegen massiver Datenmanipulationen zurückziehen musste¹² und eine interne Untersuchung der Weltbank¹³ selbst geradezu systematische und jahrelange Datenmanipulationen aufgedeckt hat. So hält die interne Untersuchung der Weltbank wie folgt fest: „DB¹⁴ team members reported undue pressure, both directly and indirectly by Bank management to manipulate data in 2017 during the DB18 production process and in 2019 during the DB20 production process. The lack of a safe speak-up environment within the DB team led to a fear of retaliation for those who would escalate and report pressures to manipulate data. This contributed to the compromise of data integrity in the DB report.“¹⁵ Ferner: „Out of the 15 staff in the DB team interviewed by GIA¹⁶, 9 staff indicated that they had been directly or indirectly pressured to manipulate data. Out of the 9 staff who reported being pressured, 8 staff said they manipulated data.“¹⁷ Bekannt ist auch, dass 2018 der kurz danach zurückgetretene Chefökonom der Weltbank Paul Romer in einem Interview den Verdacht geäußert hatte, dass Chile aus politischen Gründen zu schlecht gerankt worden sei, um die Politik der sozialistischen Präsidentin Michelle Bachelet in ein schlechtes Licht zu rücken.¹⁸

Man stützt sich also auf mehr als fragwürdige Daten, um massive Änderungen des österreichischen Unterneh-

mensrechts einzufordern, während man valablen Daten, die den Firmenbuchgerichten schnelle Arbeit attestieren und ein hervorragendes Zeugnis ausstellen,¹⁹ wenig Beachtung schenkt. Wäre das schon Grund genug, die Vorschläge zurückzuweisen, so sollen die Begründung und der Wert der materiellen Prüfpflicht in Erinnerung gerufen werden. Denn wenn man auch bisweilen in der aktuellen Diskussion einen anderen Eindruck gewinnen kann, so ist Ziel der Rechtspolitik nicht nur ein Streben nach höchster Geschwindigkeit, sondern sie sollte vor allem qualitativen Kriterien genügen, in deren Rahmen man natürlich nach bestmöglicher Effizienz streben sollte.

3. Materielle Prüfpflicht

Der Gesellschaftsvertrag einer Austrian Limited oder einer FlexKapG muss aufgrund unionsrechtlicher Vorgaben, es sei denn, man gestaltete sie als Personengesellschaft, zum Firmenbuch eingereicht werden (Art 14 GesellschaftsrechtsRL). An einer Firmenbucheintragung kommt man also nicht vorbei. Gleichwohl will man die materielle Prüfpflicht abschaffen oder einschränken, sei es durch bloße Stichprobenprüfungen ex post, eine Beschränkung der Prüfpflicht auf Bestimmungen zum Schutz des Rechtsverkehrs wie insbesondere Gläubigerschutzbestimmungen oder dadurch, dass man statt ihrer einschreitende Rechtsberater mit einer Haftung belegt.²⁰ Anderswo liest man, dass die Prüfpflicht überflüssig sei, weil gesetzwidrige Bestimmungen ohnedies nichtig seien und auch sonst Verträge nicht einer Vorabkontrolle unterworfen würden.²¹

Gegen diese Vorschläge und Absichten gibt es mehrere Argumente: Erstens gefährdeten sie die für den Wirtschaftsverkehr eminent wichtige Richtigkeit des Firmenbuchs und wären ohne eine gravierende und wohl auch gleichheitswidrige Änderung der Verfahrensvorschriften nicht umsetzbar. Zweitens verkennen sie die Streit- und prozessvermeidende Funktion präventiver Rechtmäßigkeitskontrolle. Damit hilft die materielle Prüfpflicht bei langfristiger Betrachtung unnötige Rechtsverfolgungskosten zu verringern und hat damit auch eine positive volkswirtschaftliche Funktion. Drittens schützt sie berechnete Individualinteressen vor allem der Gläubiger und von (Minderheits-)Gesellschaftern.

a) Materielle Prüfpflicht zur Sicherstellung der Richtigkeit des Firmenbuchs

Die materielle Prüfpflicht folgt aus der Anordnung des § 15 Abs 1 FBG, dass mit Ausnahme der §§ 72–77 AußStrG die allgemeinen Bestimmungen dieses Gesetzes zur Anwendung kommen, darunter der Untersu-

¹¹ Vgl wiederum die Methode der Rankingerstellung und der einbezogenen Kriterien <https://www.doingbusiness.org/en/methodology/starting-a-business> (abgefragt am 6. 9. 2021).

¹² Aus der Presse etwa: The Economist vom 5. 9. 2020: The World Bank's business-rankings mess; NZZ vom 7. 9. 2020: Skandal bei der Weltbank: Wurden Daten manipuliert, um einigen Staaten zu internationalem Glanz zu verhelfen?; schließlich auch der Standard vom 31. 8. 2020: Wie im Weltbank-Business-Index getrickst wurde. Auf den Punkt bringt es auch <https://www.fondsprofessionell.at/news/unternehmen/headline/weltbank-laenderbericht-steckt-voller-fehler-200558/newsseite/27/> (abgefragt am 6. 9. 2021).

¹³ World Bank Group Internal Audit, Assurance Review Report, Data Integrity in the Production Process of the Doing Business Report vom 8. 12. 2020, abrufbar unter <https://documents1.worldbank.org/curated/en/134831608154762985/pdf/Data-Integrity-in-Production-Process-of-the-Doing-Business-Report-Assurance-Review.pdf> (abgefragt am 6. 9. 2021).

¹⁴ Doing Business, Anm von Autor.

¹⁵ World Bank Group Internal Audit, Assurance Review Report 6.

¹⁶ Group Internal Audit, Anm von Autor.

¹⁷ World Bank Group Internal Audit, Assurance Review Report 7.

¹⁸ Josh Zumbrun, Ian Talley, World Bank Unfairly Influenced Its Own Competitiveness Rankings in Wall Street Journal vom 12. 1. 2018, <https://www.wsj.com/articles/world-bank-unfairly-influenced-its-own-competitiveness-rankings-1515797620> (abgefragt am 6. 9. 2021); vgl auch Der Standard vom 17. 1. 2018, <https://www.derstandard.at/story/2000072409606/chile-empoert-ueber-falsche-weltbank-zahlen>.

¹⁹ DRGCRS, GesRZ 2021, 124.

²⁰ DRGCRS, GesRZ 2021, 125.

²¹ Gutachten CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH/Herbst Kinsky Rechtsanwälte GmbH, S 56.

chungsgrundsatz gem § 16 AußStrG. Er begründet die Prüfpflicht in formeller und materieller Hinsicht.²² Vor allem kann sie aber aus einer systematisch-teleologischen Interpretation abgeleitet werden. Denn die Informationsfunktion des Firmenbuchs kann nur dann erfüllt werden, wenn es richtige Eintragungen enthält, was eine entsprechende Prüfung voraussetzt.²³ Daraus erhellt auch, dass die Prüfpflicht nicht Selbstzweck oder „Fleißaufgabe“ staatlicher Organe ist, sondern sie dient als tragendes Prinzip des österreichischen Firmenbuchrechts der Sicherstellung der Richtigkeit des Firmenbuchs.²⁴ Die Richtigkeit und Verlässlichkeit des Firmenbuchs liegt evident im Interesse der Rechtssicherheit und damit im Interesse des gesamten Rechtsverkehrs. Sie ist insbesondere auch aus der Sicht von potentiellen Investoren ein wichtiges „Asset“ des Rechts- und Wirtschaftsstandorts Österreich. Ohne Übertreibung kann gesagt werden, dass es erst die Prüfpflicht des Firmenbuchs ist, die die Qualität des gerichtlich geführten Firmenbuchs ausmacht.²⁵

Wäre es demnach schon in der Sache falsch, dieses „Asset“ zu gefährden, wäre es unter dem Aspekt des Gleichheitsgrundsatzes bedenklich, die materielle Prüfpflicht für das Firmenbuchverfahren als außerstreitiges Verfahren und dann noch dazu nur für eine Gesellschaftsform zu beseitigen. Flexibilität nur hinsichtlich einer Gesellschaftsform, die zudem allen Gründerinnen und Gründern offensteht, auch wenn sie kein Start-up-Unternehmen gründen wollen, ist keine ausreichende sachliche Rechtfertigung für eine Differenzierung.

Die Einwände, dass einschlägige gesetzwidrige Vertragsbestimmungen ohnedies nichtig seien und auch andere Verträge nicht geprüft würden, gehen von vorneherein an der Sache vorbei. Die Nichtigkeit verhindert ohne ein Organ, das diese Nichtigkeit aufgreifen könnte, nicht die Eintragung und kann somit die Richtigkeit des Firmenbuchs nicht sicherstellen. Daher versagt auch der Vergleich mit anderen Verträgen und dem daraus abgeleiteten Argument, dass diese nicht in einem Register eingetragen würden. Dort, wo andere Verträge ebenfalls Grundlage einer Eintragung in einem gerichtlichen Register sind, wie im Grundbuchsrecht, gibt es ebenfalls eine Prüfpflicht.²⁶ Dann sind durch die Eintragung im Firmenbuch typischerweise Dritttinte-

ressen betroffen. Denn ein Rechtsträger entsteht mit der Eintragung der Gesellschaft. Unrichtige Eintragungen zB von Organbestellungen berühren die Interessen von dritten Vertragspartnern. Anders als bei Verträgen, die also nur die Interessen der vertragsschließenden Parteien berühren, sind bei der Eintragung von Rechtsträgern und von deren rechtlichen Verhältnissen mithin auch Dritte, nämlich (potentielle) Vertragspartner der Gesellschaft und sonstige Gläubiger, betroffen.

b) Präventive Rechtmäßigkeitskontrolle als prozessvermeidendes Instrument

Eine präventive gerichtliche Kontrolle vermeidet spätere Prozesse, weil sie gesetzwidrige Bestimmungen schon vorweg aus dem Gesellschaftsvertrag eliminiert. Das Argument, dass diese Bestimmungen ohnedies nichtig seien, verkennt auch den prozessvermeidenden Wert der präventiven Kontrolle, weil Gläubiger und Gesellschafter, die durch die Vertragsbestimmungen benachteiligt worden wären, erst gar nicht den Rechtsweg beschreiten müssen. Damit hat die materielle Prüfpflicht einen weiteren Wert, der dem Schutz von Allgemeininteressen zuzuordnen ist: Der Prozess als soziales Übel, das Kosten verursacht und Zeit kostet, wird dadurch in einem wohl nicht unwesentlichen Ausmaß vermieden.

c) Beeinträchtigung des Schutzes von Gläubigern und Gesellschaftern

Dieses Allgemeininteresse ist freilich nicht der einzige Aspekt. Die Vorschriften, die das Firmenbuch in seiner materiellen Prüfpflicht aufgreift und die zur Beseitigung von dagegen verstoßenden Vertragsklauseln führen, sind ganz überwiegend solche, die Gläubiger und einzelne Gesellschafter, zumeist Minderheitsgesellschafter, schützen sollen. Auch deren Individualinteressen werden damit geschützt. Gewiss sind die Klauseln auch nichtig. Doch muss sich ein Gläubiger oder Gesellschafter dann in einem Passivprozess gegen den Kläger, der sich auf die Vertragsklausel stützt, wehren oder aber in einem Aktivprozess sein Recht durchsetzen. Im letztgenannten Fall ist er dann auch mit dem Durchsetzungsrisiko, gegebenenfalls im Ausland, belastet oder aber damit, dass allfällige Ansprüche mangels Zahlungsfähigkeit gar nicht mehr liquidierbar sind.

d) Materielle Prüfpflicht: Zusammenfassende Bewertung

Es sprechen mithin ganz überwiegende Allgemeininteressen und Individualinteressen für eine Beibehaltung der materiellen Prüfpflicht. Vor allem die Richtigkeit des Firmenbuchs, die ohne materielle Prüfpflicht nicht aufrechterhalten werden kann, ist ein für den Wirtschaftsstandort Österreich zentrales Gut. Für diesen Schutzzweck ist das Argument, dass gesetzwidrige Vertragsbestimmungen ohnedies nichtig seien, von vorneherein kein Gegenargument, weil die Nichtigkeit unrichtige Eintragungen nicht hindert, wenn sie das Fir-

²² Vgl. Kodek in Kodek/Nowotny/Umfahrer, Firmenbuchgesetz (2005) § 15 Rz 11; Zib in Zib/Dellinger, GroßKomm UGB § 15 FBG Rz 5; Jennewein, FBG (2020) § 15 Rz 1 ff.

²³ Kodek, Zur Prüfpflicht im Firmenbuchverfahren – Grundlagen und Ausgestaltung, in Zib (Hrsg), 25 Jahre Firmenbuch (2016) 43, 44 f; ders, Fluch oder Segen: Zur Prüfpflicht im Firmenbuchverfahren, in FS Bittner (2018) 307, 310.

²⁴ OGH 24. 2. 2011, 6 Ob 195/10k JBl 2011, 321 mit Anm Karollus = ecollex 2011, 429 mit Anm Rizzi = GesRZ 2011, 239 mit Anm H. Torggler; Jennewein, FBG § 15 Rz 10.

²⁵ Kodek in Zib (Hrsg), 25 Jahre Firmenbuch 43.

²⁶ Vgl. dazu etwa Kodek in Kodek, Grundbuchsrecht² (Stand 1. 9. 2016) § 94 GBG Rz 1 ff.

menbuchgericht erst gar nicht aufgreifen kann. Abgesehen davon konnte die Überzeugungskraft dieses Arguments mit der präventiven Funktion der Rechtmäßigkeitskontrolle widerlegt werden. Es bleiben noch die Argumente der Verzögerung der Eintragung und einer übertriebenen Prüfungsdichte zu würdigen.

Der erstgenannte Einwand wurde schon widerlegt. Mit einer durchschnittlichen Eintragungsdauer von fünf Werktagen, wie sie verlässliche Quellen darlegen,²⁷ werden innovative Gründungen nicht gehindert und der Gewinn an Rechtssicherheit sowie die anderen genannten positiven Aspekte lassen diese „Zeitverzögerung“ mehr als berechtigt erscheinen.

Zum zweiten Argument ist auf die Rsp zu verweisen. Bei der Eintragung eines Gesellschafterwechsels auf Antrag der Geschäftsführer lassen sich Firmenbuchgerichte in der Regel den Notariatsakt nicht zur Prüfung vorlegen, sondern nach stRsp ist das nur dann erforderlich, wenn das Firmenbuchgericht Bedenken gegen die Richtigkeit der dem Gesuch zugrundeliegenden Tatsachen hegt.²⁸ Auch sonst, etwa im Kontext von Einbringungen, mahnt der OGH vor zu genauen Prüfungen auf unbelegten Verdacht hin und vor „unerträglichen Verfahrensverzögerungen [...] und eine[r] Überspannung der Prüfungspflicht“.²⁹ Die Rsp versucht mithin, zur Sicherstellung der Richtigkeitsgewähr den richtigen Mittelweg zwischen Überspannung der Prüfpflicht und unbesehenem Durchwinken zu finden. Es mag sein, dass ab und an zu viel geprüft und verlangt wird. Sehr oft liegt es aber auch an den Eintragungswerbern, die mit schlicht gesetzwidrigen und/oder schlecht vorbereiteten Anträgen für eine Verzögerung selbst verantwortlich sind.

B. Kapitalaufbringung und -erhaltung

Mit regelmäßiger Wiederkehr werden auch das System des gesetzlichen Mindestkapitals und der Sicherung seiner Aufbringung durch Kapitalaufbringungsregeln sowie der Grundsatz der Kapitalerhaltung mit seinem Verbot der Einlagenrückgewähr hinterfragt und ihre Abschaffung (Mindestkapital) und beim Grundsatz der Kapitalerhaltung seine Ersetzung durch flexiblere Instrumente wie Solvenztests oder Anfechtungstatbestände gefordert.³⁰ Zuletzt war diese Diskussion beim Aufkommen der britischen Limited in Folge der EuGH-Rsp aufgeflammt,³¹ jetzt, da die Limited tot ist, will man damit offenbar Start-ups fördern, obwohl bemerkenswerter-

weise aus der Start-up-Szene selbst diese Forderung nicht kommt. Das Thema ist gewiss vielschichtig³² und welches Gläubigerschutzsystem in welcher Strenge volkswirtschaftlich zu optimalen Lösungen führt, lässt sich schon deswegen nicht sagen, weil die Ziele politisch definiert werden müssen und Ergebnis eines Abwägungsprozesses sind,³³ zudem aber auch kaum internationale Vergleiche möglich sind, weil die Liberalität einer Rechtsordnung an einer Stelle oft mit Rigidität an anderer Stelle korreliert, wie etwa die Disqualification von Directors in der UK-Limited zeigt.³⁴

Wie an anderer Stelle schon herausgearbeitet wurde, sind es vor allem vier Punkte, die das etablierte System ausmachen:

1. Die Aufbringung des Stammkapitals ist ein Eintrittspreis für die „Wegnahme“ der persönlichen Haftung. Dieser Preis soll die Seriosität des Unterfangens sicherstellen oder eine Art Warnfunktion ausüben. Zugleich hat es eine Pufferfunktion, um Anfangsverluste des Unternehmens auszugleichen.
2. Kapitalerhaltungsregeln sind Mittel dagegen, dass Vermögen offen oder verdeckt an die Gesellschafter oder ihnen nahestehende Personen ausgekehrt wird.
3. Das gesetzliche Mindestkapital und die Kapitalerhaltungsvorschriften stellen gleichsam eine Art kollektivvertragliche Grundsicherung für die Gläubigergesamtheit dar.
4. Kapitalaufbringungsregelungen und Kapitalerhaltungsvorschriften sind einfach und rechtssicher zu handhabende Vorschriften im Vergleich zu Alternativen wie insbesondere einem Solvenzttest oder auf der Basis allgemeiner Rechtsprinzipien entwickelter Gläubigerschutzvorschriften.

All diese Punkte sind mit ihrem Für und Wider oft diskutiert worden und auf frühere Arbeiten darf verwiesen werden.³⁵ Nur zwei Aspekte seien an dieser Stelle erneut herausgegriffen, weil sie auch in der aktuellen Diskussion nicht oder zu wenig beachtet werden.

Das Mindestkapital ist nicht nur eine Seriositätsschwelle und schützt nicht nur ganz zu Beginn der unternehmerischen Tätigkeit, sondern auch dauerhaft davor, dass das Gesellschaftsvermögen durch Gewinnausschüttungen unter den Betrag der Stammkapitalziffer gedrückt wird. Richtig ist, dass es nicht treffsicher ist und dass seine Wirkung fragwürdiger wird, je weiter man es absenkt (dem Vernehmen nach sind jetzt € 10.000,- geplant). Die Al-

²⁷ DRGCRS, GesRZ 2021, 124.

²⁸ Vgl die im RIS-Justiz RS0107904 wiedergegebene stRsp, zuletzt etwa OGH 23. 1. 2020, 6 Ob 3/20i GesRZ 2020, 293 mit Anm Frenzel.

²⁹ Vgl OGH 7. 7. 2017, 6 Ob 165/16g GesRZ 2017, 329 mit Anm Kalss.

³⁰ DRGCRS, GesRZ 2021, 128 ff.

³¹ Vgl Rüffler, Gläubigerschutz durch Mindestkapital und Kapitalerhaltung in der GmbH – überholtes oder sinnvolles Konzept? GES 2005, 140 ff.

³² Für eine ausführliche Diskussion Rüffler, GES 2005, 140 ff.

³³ ZB welche Gläubiger sollen geschützt sein? Klar ist, dass sich finanzierende Banken anders absichern können als zB ein Bauhandwerker oder Deliktsgläubiger (die sich per definitionem gar nicht absichern können), sodass der Hinweis auf die Möglichkeit der vertraglichen Absicherung nur eine Gruppe der Gläubiger erfasst.

³⁴ Vgl dazu Bachner, Die Limited in der Insolvenz (2007) Kap G, auch Kap F zur Durchgriffshaftung.

³⁵ Rüffler, GES 2005, 145 f mit Nachw zur Literatur.

ternative dazu aber, von Gesellschaften treffsicher ein angemessenes Kapital zu verlangen, ist viel zu unbestimmt und damit gäbe man Gründern und Organen Steine statt Brot. Das führt über zum letzten und entscheidend für das derzeitige System sprechenden Aspekt der Rechtssicherheit. Denn wenn man aus naheliegenden Gründen kein „angemessenes“ Kapital verlangt, sondern gar nichts mehr oder substanziell geringfügige Beträge, und besonders, wenn man auch am Kapitalerhaltungssystem rüttelt, dann entsteht der Bedarf, aus allgemeinen Prinzipien Regelungen zu entwickeln, die auf gläubigerschädigendes Verhalten reagieren. Das wäre freilich in seinen Tatbeständen und auch Rechtsfolgen viel unschärfer als das derzeitige verhältnismäßig klare und daher rechtssichere System. Das Eigenkapitalersatzrecht vor dem EKEG, aber auch die deutsche Rsp zur Existenzvernichtungshaftung mögen als Beispiele dienen, die ihre Berechtigung und Begründung hatten und haben, aber auf identifizierte Missbräuche mit verhältnismäßig unsicheren Tatbeständen reagierten und reagieren.

C. Zusammenfassung

Die materielle Prüfpflicht der Firmenbuchgerichte folgt vor allem aus dem Zweck, die Richtigkeit des Firmen-

buchs zu gewährleisten. Das ist ein zentrales und auch volkswirtschaftlich wichtiges Gut. Die Kritik daran fußt auf mehr als fragwürdigen Daten und verkennt nicht nur, wie wichtig die Sicherstellung der Richtigkeit des Firmenbuchs ist, sondern auch den individualschützenden und den prozessvermeidenden Wert der materiellen Prüfpflicht.

Das österreichische Gläubigerschutzsystem des Mindeststammkapitals mit Kapitalaufbringungsregeln und solchen zur Kapitalerhaltung ist aus mehreren Gründen ein gutes Konzept und hat gegenüber vorgeschlagenen Alternativen vor allem den Vorteil der Klarheit und Rechtssicherheit für sich. Internationale Vergleiche hinken, weil sie weder die positiven Effekte des nationalen Systems würdigen noch einen Vergleich der Gesamtsysteme durchführen.

Über den Autor:

Dr. Friedrich Ruffler ist Universitätsprofessor am Institut für Unternehmens- und Wirtschaftsrecht der Universität Wien.