

# Gutachten

erstattet im Auftrag des Bundesministeriums für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort, Stubenring 1, 1010 Wien, durch **CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH**, Gauermannngasse 2, 1010 Wien, und **Herbst Kinsky Rechtsanwälte GmbH**, Dr. Karl Lueger-Platz 5, 1010 Wien, gemäß Werkvertrag vom 30.7./3.8.2020 über ein Regelungskonzept zur Einführung einer zeitgemäßen, Gründer- und Investorenfreundlichen Gesellschaftsform in Österreich mit dem Arbeitstitel: „Austrian Limited“.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Um die einfache Lesbarkeit der Inhalte dieses Gutachtens zu gewährleisten, wird auf geschlechtsspezifische Formulierungen verzichtet. Sämtliche verwendete personenbezogene Bezeichnungen in diesem Gutachten und allen eingebundenen Dokumenten sind geschlechtsneutral zu verstehen.

# Inhalt

<b>1 Executive Summary</b> .....	<b>7</b>
<b>2 Einführung einer neuen Rechtsform einer Kapitalgesellschaft</b> .....	<b>20</b>
2.1 Wunsch des Gesetzgebers zur Schaffung einer neuen Kapitalgesellschaftsform.....	20
2.2 Gegenstand des Gutachtens .....	23
2.3 Allgemeine Überlegungen zum rechtspolitischen Ermessen des Gesetzgebers.....	23
2.4 Spezifische Bedürfnisse von Startups mit Beteiligung von (ausländischen) Kapitalinvestoren.....	27
2.5 Schwächen der österreichischen GmbH und der österreichischen Aktiengesellschaft und Vorzüge des Schaffens einer neuen Kapitalgesellschaftsform.....	30
2.6 Das Konzept der neuen Rechtsform „Austrian Limited“, deren volkswirtschaftlicher Nutzen und deren Vermarktung in der internationalen Gründerszene.....	34
2.7 Sekundärrechtliche Vorgaben für die Ausgestaltung der Austrian Limited .....	34
2.7.1 Richtlinie (EU) 2017/1132 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts.....	34
2.7.2 Keine einheitliche Legaldefinition der erfassten Gesellschaftsformen .....	36
2.7.3 Aufnahme neuer Gesellschaften in den Anhang der Ges-RL .....	36
2.7.4 Schlussfolgerungen .....	37
2.7.5 Sonstiges Sekundärrecht .....	37
<b>3 Umsetzung der Zielvorgaben des Regierungsprogramms im Konzept der neuen Kapitalgesellschaftsform</b> .....	<b>39</b>
3.1 Unbürokratische Gründung.....	40
3.1.1 Formfreiheit in der Austrian Limited .....	40
3.1.2 Möglichkeit zur Online-Gründung der Austrian Limited.....	43
3.1.3 Englisch als zulässige Sprache für die Austrian Limited.....	43
3.2 Flexible Anteilsvergabe.....	46
3.2.1 Bedeutung für Startups bei der Gewinnung von Investoren und qualifizierten Mitarbeitern .....	46
3.2.2 Handlungsbedarf für die Austrian Limited .....	46
3.3 Wahrung österreichischer Standards: Identitätsfeststellung durch qualifizierte Personen .....	48
<b>4 Regelungsanliegen im Spannungsverhältnis zwischen Vereinfachung, Transparenz, Gläubigerschutz und materieller Gerechtigkeit im Gesellschaftsverhältnis</b> .....	<b>50</b>
<b>5 Konzept der neuen Kapitalgesellschaft „Austrian Limited“ – Organisationsstruktur</b> .....	<b>52</b>
5.1 Erster Abschnitt: Allgemeine Vorschriften, Gründung .....	52
5.1.1 Gründung der Gesellschaft.....	53
5.1.2 Rechtsverhältnisse der Gesellschafter .....	64
5.1.3 Kapitalaufbringung.....	64
5.1.4 Einlagen der Gesellschafter .....	67
5.1.5 Rasche und einfache Gründung.....	67
5.1.6 Gründungskosten, Gründervorteile, Sondervorteile .....	68

5.1.7	Eintragung der Gesellschaft in das Firmenbuch, Prüfpflicht .....	69
5.2	Zweiter Abschnitt: Die Organe der Gesellschaft.....	69
5.2.1	Einzelne Regelungen für die Geschäftsführer (Vorstand).....	70
5.2.2	Einzelne Regelungen für einen fakultativen Beirat (Advisory Board) und eine „begleitende Kontrolle“ .....	78
5.2.3	Einzelne Regelungen für den zwingenden Aufsichtsrat.....	80
5.2.4	Monistisches System (Verwaltungsrat) als Alternative zu Geschäftsführung/zwingender Aufsichtsrat .....	81
5.2.5	Aufgaben und Haftung der Geschäftsführungsorgane (Geschäftsführer, Beirat, Aufsichtsrat, Verwaltungsrat).....	82
5.3	Dritter Abschnitt: Beschlussfassung in der Gesellschaft.....	83
5.3.1	Kommunikation zwischen den Gesellschaftern und der Gesellschaft.....	83
5.3.2	Gesellschafterversammlung .....	84
5.3.3	Umlaufbeschlüsse der Gesellschafter .....	89
5.3.4	Vollmacht, Mehrfach-Stimmrechte, stimmrechtslose Anteile, Stimmrechtsausschluss .....	93
5.3.5	Nichtigkeit und Anfechtung von Gesellschafterbeschlüssen .....	94
5.4	Vierter Abschnitt: Minderheitsrechte (Sonderprüfung, Minderheitsschadenersatzklage) .....	99
5.4.1	Allgemeines zu den Kontrollmöglichkeiten der Gesellschafter.....	99
5.4.2	Allgemeines zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen.....	100
5.4.3	Minderheitsrechte auf Sonderprüfung und Erhebung von Ersatzansprüchen .....	101
5.5	Fünfter Abschnitt: Individualrechte der Gesellschafter.....	107
5.6	Sechster Abschnitt: Änderungen des Gesellschaftsvertrags .....	109
5.6.1	Änderungen im Allgemeinen .....	109
5.6.2	Erhöhung des Nennkapitals (ordentliche Kapitalerhöhung, genehmigtes Kapital, bedingtes Kapital, bedingt-genehmigtes Kapital, Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln) .....	114
5.6.3	Herabsetzung des Nennkapitals (ordentliche Kapitalherabsetzung, vereinfachte Kapitalherabsetzung, Einziehung von Gesellschaftsanteilen).....	124
5.7	Siebenter Abschnitt: Einlagen und Nachschüsse .....	124
5.7.1	Allgemeines .....	124
5.7.2	Nachschüsse .....	125
5.8	Achter Abschnitt: Gesellschaftsanteile und ihre Übertragung.....	127
5.8.1	Der Gesellschaftsanteil und das damit verbundene Stimmrecht.....	127
5.8.2	Gesellschaftsanteile besonderer Gattung (Vorzugsanteile, Anteile ohne Stimmrecht) .....	129
5.8.3	Übertragung der Anteile der Austrian Limited .....	132
5.8.4	Erwerb eigener Anteile.....	139
5.8.5	Gewinnanspruch der Gesellschafter .....	141
5.8.6	Verbot der Einlagenrückgewähr .....	142
5.9	Neunter Abschnitt: Einziehung eigener Gesellschaftsanteile.....	145
5.9.1	Regelungen im GmbHG und im AktG über die Zwangseinziehung von Gesellschaftsanteilen bzw Aktien .....	145
5.9.2	Zwangseinziehung von Anteilen bei der Austrian Limited.....	145
5.10	Zehnter Abschnitt: Mezzanine Finanzierungsformen.....	147
5.10.1	Vorbemerkungen .....	147

5.10.2	Finanzinstrumente mit Bezugs- oder Wandlungsrecht .....	147
5.10.3	Finanzinstrumente mit Vermögensrechten .....	149
5.11	Elfter Abschnitt: Auflösung und Liquidation der Gesellschaft .....	150
5.11.1	Allgemeines .....	150
5.11.2	Rechtstechnische Ausgestaltung der Auflösung und Liquidation (Abwicklung) der Gesellschaft .....	152
5.12	Zwölfter Abschnitt: Umwandlung der Gesellschaft in eine GmbH, Aktiengesellschaft oder SE .....	153
5.12.1	Allgemeines .....	153
5.12.2	Umwandlung einer Austrian Limited in eine andere Kapitalgesellschaft .....	154
5.12.3	Umwandlung einer Austrian Limited in eine Europäische Gesellschaft? .....	155
5.13	Dreizehnter Abschnitt: Umwandlung einer GmbH, Aktiengesellschaft oder SE in die Rechtsform der Austrian Limited .....	155
5.13.1	Allgemeines .....	155
5.13.2	Rechtsformändernde Umwandlung einer GmbH oder Aktiengesellschaft in eine Austrian Limited .....	156
5.13.3	Rechtsformändernde Umwandlung einer Europäischen Gesellschaft in eine Austrian Limited .....	156
5.14	Vierzehnter Abschnitt: Verschmelzung der Gesellschaft (mit einer anderen Austrian Limited) .....	157
5.14.1	Allgemeines .....	157
5.14.2	Verschmelzung der Austrian Limited mit einer anderen Austrian Limited .....	157
5.15	Fünfzehnter Abschnitt: Rechtsformübergreifende Verschmelzung einer Austrian Limited mit einer GmbH, Aktiengesellschaft oder SE .....	158
5.15.1	Allgemeines .....	158
5.15.2	Rechtsformübergreifende Verschmelzung mit einer GmbH .....	158
5.15.3	Rechtsformübergreifende Verschmelzung mit einer Aktiengesellschaft .....	158
5.15.4	Rechtsformübergreifende Verschmelzung mit einer Europäischen Gesellschaft .....	159
5.16	Sechzehnter Abschnitt: Grenzüberschreitende Verschmelzung .....	159
5.16.1	Allgemeines .....	159
5.16.2	Anpassungsbedarf für die Implementierung der grenzüberschreitenden Verschmelzung .....	160
5.17	Siebzehnter Abschnitt: Spaltung .....	160
5.17.1	Allgemeines .....	160
5.17.2	Spaltung einer Austrian Limited .....	160
5.17.3	Grenzüberschreitende Abspaltung? .....	161
5.18	Achtzehnter Abschnitt: Umwandlung auf den Haupt- oder Alleingesellschafter nach dem UmwG .....	161
5.18.1	Allgemeines .....	161
5.18.2	Anwendung des UmwG auf die Austrian Limited .....	162
5.18.3	Grenzüberschreitende Umwandlung .....	163
5.18.4	Grenzüberschreitende Sitzverlegung .....	163
5.19	Neunzehnter Abschnitt: Die Austrian Limited und die Regelungen im UGB .....	164
5.19.1	Allgemeines .....	164
<b>6</b>	<b>Firmenbuchrechtliche Aspekte .....</b>	<b>166</b>
6.1	Eintragung der Austrian Limited in das Firmenbuch .....	166

6.2	Anmeldung bei der Gründung.....	166
6.3	Spätere Anmeldungen zum Firmenbuch.....	167
<b>7</b>	<b>Das Register der wirtschaftlichen Eigentümer; Geldwäscherechtliche Aspekte .....</b>	<b>169</b>
7.1	Allgemeines.....	169
7.2	Befreiung von der Meldepflicht nach dem WiEReG? .....	169
7.3	Geldwäscherechtliche Aspekte .....	170
<b>8</b>	<b>Einordnung der Austrian Limited in das Zivilverfahrens- und Außerstreitrecht.....</b>	<b>172</b>
8.1	Parteifähigkeit.....	172
8.2	Prozessfähigkeit.....	172
8.3	Stellung des geschäftsführenden Organs.....	172
8.4	Schiedsgericht für Streitigkeiten aus dem Gesellschaftsverhältnis.....	173
8.5	Verfahren vor dem Firmenbuchgericht; Außerstreitverfahren.....	174
<b>9</b>	<b>Einordnung der Austrian Limited in das Exekutions- und Insolvenzrecht.....</b>	<b>176</b>
9.1	Exekutionsrecht .....	176
9.1.1	Die Austrian Limited als betreibende oder verpflichtete Partei .....	176
9.1.2	Exekution auf Gesellschaftsanteile .....	176
9.1.3	Einstweilige Verfügungen.....	176
9.2	Insolvenzrecht.....	177
9.2.1	Die Austrian Limited als Schuldner im Insolvenzverfahren.....	177
9.2.2	Zur Leistung des Insolvenz-Kostenvorschusses .....	178
9.2.3	Insolvenzantrag, Antrag auf Sanierungsplanverfahren .....	178
<b>10</b>	<b>Einordnung der Austrian Limited in das Eigenkapitalersatzgesetz (EKEG).....</b>	<b>179</b>
<b>11</b>	<b>Einordnung der Austrian Limited in das Unternehmensreorganisationsgesetz (URG).....</b>	<b>180</b>
11.1	Allgemeines.....	180
11.2	Anwendbarkeit des URG auf die Austrian Limited.....	180
<b>12</b>	<b>Einordnung der Austrian Limited in das Arbeitsrecht.....</b>	<b>181</b>
12.1	Individualarbeitsrecht.....	181
12.2	Kollektivarbeitsrecht.....	181
12.2.1	Allgemeines .....	181
12.2.2	Wenn Arbeitnehmervertreter dem Verwaltungsrat der Austrian Limited angehören.....	182
12.2.3	Arbeitnehmermitbestimmung im Aufsichtsrat und Verwaltungsrat .....	183
<b>13</b>	<b>Einordnung der Austrian Limited in das IESG .....</b>	<b>184</b>
<b>14</b>	<b>Einordnung der Austrian Limited in das Steuerrecht.....</b>	<b>185</b>
14.1	Körperschaftsteuerrecht.....	185
14.2	Umgründungssteuerrecht .....	185
14.3	Neugründungs-Förderungsgesetz .....	186
14.4	Umsatzsteuerrecht .....	187

14.5 Lohnsteuer, Kapitalertragsteuer, Abzugssteuer in besonderen Fällen .....	187
14.6 Bundesabgabenordnung .....	188
<b>15 Steuerliche und sozialversicherungsrechtliche Behandlung von Incentivierungsprogrammen.....</b>	<b>190</b>

# 1 Executive Summary

## 1. Zielsetzung und Rahmenbedingungen

- 1.1. Wirtschaftsstandorte stehen in einem ständigen Wettbewerb um die besten Köpfe und die erfolgreichsten Unternehmer. Österreich liegt in Rankings zur Attraktivität als Wirtschaftsstandort im internationalen Vergleich nur im Mittelfeld. Dem Standort wird auch medial in puncto Startup-Kultur Aufholbedarf zugeschrieben. Das führt dazu, dass österreichische Startups im internationalen Wettbewerb um die besten Mitarbeiter und (ausländische) Finanzinvestoren, die beide wesentliche Erfolgsfaktoren sind, im Vergleich zu anderen Wirtschaftsstandorten im Nachteil sind. Das **Erhöhen der Attraktivität des Wirtschaftsstandortes Österreich** für Unternehmensgründungen und ausländische (Startup-)Investoren könnte eine Reihe positiver volkswirtschaftlicher Effekte nach sich ziehen.
- 1.2. Vor diesem Hintergrund sieht das Regierungsprogramm 2020 - 2024 vor, dass eine **neue Kapitalgesellschaftsform** zu schaffen ist, die besonders für innovative Startups und Gründer in ihrer Frühphase eine international wettbewerbsfähige Option bieten und dazu beitragen soll, den Wirtschaftsstandort Österreich zu stärken.
- 1.3. Das Konzept für die neue Kapitalgesellschaftsform, die den Arbeitstitel „Austrian Limited“ trägt, nimmt Anleihen aus dem bestehenden österreichischen Kapitalgesellschaftsrecht, namentlich dem GmbH-Recht, dem Aktienrecht und dem Recht der Europäischen Gesellschaft, aber auch aus dem österreichischen Personengesellschaftsrecht sowie dem ausländischen Gesellschaftsrecht, wo dies passend scheint. Dabei sollen bewährte Regelungen des österreichischen Gesellschaftsrechts beibehalten und adaptiert werden, soweit dies erforderlich ist, um den Bedürfnissen österreichischer Startups, die vermehrt auf ausländische Investoren angewiesen sind, gerecht zu werden. Das Gutachten kommt dabei zum Ergebnis, dass die angestrebte Signalwirkung für den Standort und die Summe der vorgeschlagenen Neuerungen für eine **neue Gesellschaftsform** sprechen.
- 1.4. Der Gesetzgeber sollte dynamischen, wachsenden Unternehmen eine Regelungsebene bieten, die die Gesellschafter in ihren Aktivitäten unterstützt. Dem Gesetzgeber kommt dabei ein **weiter rechtspolitischer Gestaltungsspielraum** zu. Es steht ihm frei, die Grundsätze der neuen Kapitalgesellschaftsform unter Berücksichtigung unterschiedlicher gesellschaftsrechtlicher Erwägungen, aber auch unter Einbeziehung steuerrechtlicher Aspekte, festzulegen.

1.5. In **unionsrechtlicher** Hinsicht soll sich die Austrian Limited ohne Systembruch in die geltenden Richtlinien einfügen. Aus diesem Grund kann von einer Einreichung des Gesellschaftsvertrags beim Firmenbuch nicht abgesehen werden. Allerdings sollte der Gesellschaftsvertrag **keiner inhaltlichen Prüfung durch das Firmenbuchgericht** unterliegen, weil es dadurch zu zeitlichen Verzögerungen kommt und das Ziel einer raschen Gründung damit nicht erreicht wird. Gesetzwidrige Bestimmungen in Gesellschaftsverträgen sind ohnehin wirkungslos, unabhängig von einer allfälligen Eintragung ins Firmenbuch. Allenfalls könnte die Prüfpflicht des Firmenbuchs auf Regelungen beschränkt werden, die klar gegen den Gläubigerschutz verstoßen.

## 2. Umsetzung der Zielvorgaben des Regierungsprogramms im Konzept der neuen Kapitalgesellschaftsform

- 2.1. Das Regierungsprogramm sieht explizit eine **unbürokratische Gründung** (Stammkapital-Ansparmodelle, digitale Behördenwege, Englisch als Amtssprache) und eine **flexible Anteilsvergabe** an mögliche Investoren sowie Mitarbeiter (mit minimalen, digitalen Behördenwegen) vor. Die neue Kapitalgesellschaftsform soll dabei an österreichische Standards angepasst sein. Diese Zielvorgaben wurden unter Berücksichtigung der praktischen Erfahrungen der gefertigten Kanzleien weiterentwickelt und dem im Gutachten erarbeiteten Konzept der Austrian Limited zugrunde gelegt.
- 2.2. Um die Kostenbelastung der Gründer von Startups zu senken und die Umsetzung von Gründungen und Finanzierungsrunden zeitlich zu beschleunigen, sollte für sämtliche Urkunden, Vereinbarungen, Erklärungen, Beschlussfassungen und Anmeldungen zum Firmenbuch bei der Austrian Limited die **einfache Schriftform** ausreichend sein. Einfache Schriftform bedeutet hier nicht Unterschriftlichkeit. Vielmehr sollten die Nachbildung der Unterschrift und andere Ersatzformen (etwa die **Verwendung elektronischer Signaturprogramme**) gesetzlich zugelassen werden.
- 2.3. Der gesamte Gründungsvorgang sollte digital abgewickelt werden können, um eine schnelle, einfache und kostengünstige Gründung sicherzustellen. Die gänzliche **Online-Gründung** vereinfacht nicht nur den Gründungsprozess, sondern führt auch für internationale Gründer und Investoren zu einer wesentlichen Erleichterung. Außerdem könnten Gründungskosten und spätere Verwaltungskosten durch ein **Abstreichen von Veröffentlichungspflichten in der Wiener Zeitung** gesenkt werden.
- 2.4. Im Hinblick auf die zunehmende Globalisierung im Wirtschaftsleben und das Ziel, die Austrian Limited auch für internationale Gründer und Investoren attraktiv zu ge-

stalten, sollte zur Vereinfachung und zur Senkung der Kosten für die Austrian Limited nicht nur die deutsche Sprache zugelassen werden. Die **Zulässigkeit der englischen Sprache** sollte nicht nur für das Abfassen des Gesellschaftsvertrags der Austrian Limited gesetzlich verankert werden. Auch Beschlussfassungen, die Rechnungslegung und die gesamte Kommunikation zwischen den Gesellschaftern sowie den Organen der Gesellschaft sollte insoweit flexibilisiert werden.

- 2.5. Falls man dem Firmenbuchgericht die inhaltliche Prüfung von Gesellschaftsverträgen zur Pflicht macht, wäre sicherzustellen, dass die Justiz über entsprechend **sprachenkundige Richter/Rechtspfleger für englischsprachige Gesellschaftsverträge** verfügt. Denkbar wäre auch, dass für **englischsprachige Gesellschaftsverträge/Errichtungserklärungen** die **zentrale Zuständigkeit eines Gerichts** (zB des Handelsgerichts Wien) begründet wird, das über mehrere sprachkundige Richter und Rechtspfleger verfügt. Dieses Gericht wäre dann für die Registrierung solcher Gesellschaften unabhängig davon zuständig, wo sich deren Sitz befindet. Würde man hingegen wieder nur eine Einreichung in deutscher Sprache zulassen, wäre eine große Chance zur Vereinfachung und Erhöhung der internationalen Attraktivität der Austrian Limited vertan.
- 2.6. Da Startups (zumindest am Anfang) regelmäßig keine adäquaten Entgelte anbieten können, setzen sie häufig auf **Mitarbeiterbeteiligungsprogramme**, um Mitarbeiter, Dienstleister und Organmitglieder (zB Beiräte) zu incentivieren. Nicht nur aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, sondern insbesondere auch aus **steuer- und sozialversicherungsrechtlicher Sicht** sind die bisher bestehenden Möglichkeiten **nicht optimal** und für österreichische Startups **im internationalen Wettbewerb ein großer Nachteil**. Aus gesellschaftsrechtlicher Sicht sind insbesondere die **Schaffung unterschiedlicher Anteilklassen** (etwa stimmrechtsloser Anteile für Mitarbeiter) sowie die **Einführung eines genehmigten, eines bedingten oder eines genehmigten bedingten Kapitals** zur Bedienung von Bezugs- und Wandlungsrechten der Mitarbeiter erforderlich. Die steuer- und sozialversicherungsrechtlichen Thematiken sind jedenfalls durch begleitende Regelungen im Steuer- und Sozialversicherungsrecht zu lösen. Insbesondere wäre es für eine Steigerung der Attraktivität von Incentivierungsprogrammen erforderlich, dass **Erträge aus Mitarbeiterbeteiligungen** (sei es in Form von Dividenden oder Exit-Erlösen) nicht dem progressiven Einkommensteuersatz, sondern als **Kapitalerträge der Kapitalertragsteuer** unterliegen.
- 2.7. Um die wesentlichen Funktionen des Firmenbuchs auch für die Austrian Limited aufrecht zu erhalten und Missbrauch vorzubeugen, sollte im Rahmen der Gründung die Identität (samt Prüfung der Vertretungsbefugnis bei ausländischen Gesellschaften)

durch qualifizierte Personen, die ihrerseits ohnehin zur Prüfung der **Identität** aufgrund rechtlicher Vorgaben verpflichtet sind, geprüft werden. In Frage kommen dafür das Kreditinstitut, das mit der Kontoerstellung betraut ist, und die Rechtsanwälte und Notare, die in die Vertragserstellung eingebunden sind. Diese könnten auch die Identität bzw Vertretungsbefugnis gegenüber dem Firmenbuchgericht bestätigen, eine Prüfung durch das Firmenbuchgericht wäre dann nicht mehr erforderlich.

### 3. Gründung

- 3.1. Die Gründung eines Startups in Österreich soll schnell, einfach und kostengünstig möglich sein. Der **Gesellschaftsvertrag** sollte daher in einfacher Schriftform, entweder in deutscher oder in englischer Sprache abgeschlossen werden können und keiner Prüfpflicht des Firmenbuchgerichts unterliegen. Allenfalls könnte die Prüfpflicht des Firmenbuchs auf Regelungen beschränkt werden, die klar gegen den Gläubigerschutz verstoßen.
- 3.2. Von einer Eintragung der Gesellschafter in das Firmenbuch sollte – nach dem Vorbild der Aktiengesellschaft – abgesehen werden. Wie bei der Aktiengesellschaft sollte von der Gesellschaft stattdessen ein **Anteilsbuch** geführt werden. Das Anteilsbuch sollte für jeden Anteil den Nennbetrag, den Umfang, in dem er geleistet ist, Vor- und Zunamen des Gesellschafters samt Geburtsdatum oder die sonstige Bezeichnung (Firma) des Gesellschafters samt Registernummer und zuständiges Register (bei juristischen Personen), Kontodaten, Adresse und E-Mail eines jeden Gesellschafters umfassen.
- 3.3. Es wird ein erforderliches **Mindestnennkapital** in Höhe von € 5.000,- vorgeschlagen. Die vorgeschlagene Höhe des Nennkapitals liegt im internationalen Vergleich im Mittelfeld, nur wenige Staaten sehen ein höheres Mindestnennkapital vor. Das Nennkapital ist bei der Gründung und auch bei späteren Kapitalerhöhungen zu einem Viertel, bei der Gründung mindestens aber mit € 2.500,- einzuzahlen. Ein Viertel des jährlichen Gewinnes ist zur Bildung einer Gewinnrücklage zu verwenden, bis das bilanzielle Eigenkapital der Gesellschaft einen Betrag von € 10.000,- erreicht hat (**Ansparmodell**).
- 3.4. Das Nennkapital kann durch **Bareinlagen, Sacheinlagen** und **Dienstleistungen** aufgebracht werden. Eine Sachgründungsprüfung ist bei Einhaltung der Hälfte-Klausel, wonach zumindest gleich hohe Bareinlagen aufzubringen sind, nicht notwendig. Stattdessen sollte bei Sacheinlagen ein Hinweis im Firmenbuch genügen, dass ein

betraglich anzuführender Teil des Kapitals mit Sacheinlagen (einschließlich Dienstleistungen) aufgebracht wurde. Die Zulässigkeit von Dienstleistungen als Sacheinlagen sollte gesetzlich samt gläubigerschützender Begleitregelungen verankert werden, die eine im Drittvergleich angemessene Bewertung der Dienstleistungen sicherstellen.

- 3.5. Aus **Gläubigerschutzgründen** sollte die Verantwortlichkeit der Gründer und – gegebenenfalls – der Prüfer analog zu §§ 39 bis 44 AktG geregelt werden. Sowohl bei Sacheinlagen als auch bei verdeckten Sacheinlagen sollte den Einlegenden die Beweislast für die Werthaltigkeit der Einlage treffen, sofern keine freiwillige Sacheinlagen- bzw Sachübernahmeprüfung durch einen vom Firmenbuchgericht bestellten Prüfer stattfindet. Dafür sollte auf die Ausfallhaftung nach § 70 GmbHG, die jedem Mitgesellschafter ein unkalkulierbares Risiko aufbürdet und bei der Finanzierung von Startups Schwierigkeiten bereitet, bei der Austrian Limited verzichtet werden.
- 3.6. Für die Austrian Limited sollte der **Mindestnennwert pro Anteil in Höhe von € 1,-** festgelegt werden. Für die GmbH ist derzeit vorgesehen, dass jede Stammeinlage mindestens € 70,- betragen muss. Das führt in der Praxis bei Kapitalerhöhungen zu Problemen, wenn die Bewertung des Startups bereits recht hoch ist und folglich die Stammeinlage eines künftigen Gesellschafters, für ein bestimmtes Investment zu übernehmen ist, geringer ist als der Mindestbetrag von € 70,- gemäß GmbHG wäre.
- 3.7. Eine ausdrückliche gesetzliche Regelung, in welcher Höhe die **Gründungskosten** von der Gesellschaft getragen werden dürfen, wäre sinnvoll (Vorschlag: bis zu 25 % des Eigenkapitals von bis zu € 20.000,- und bis zu 10 % des Mehrbetrags des Eigenkapitals).

## 4. Organe

- 4.1. Um die Organstruktur der Austrian Limited möglichst einfach und die laufenden Kosten niedrig zu halten, soll es grundsätzlich nur ein **Leitungsorgan und die Gesellschafterversammlung** geben.
- 4.2. Die Regelungen für das **Geschäftsführungsorgan** können grundsätzlich aus dem GmbH-Recht übernommen werden. Die Geschäftsführung sollte – wie bei der GmbH – gegenüber der Gesellschafterversammlung weisungsgebunden sein. Die Haftungsvorschriften, einschließlich der Business Judgement Rule, können ebenfalls für die Organe der Austrian Limited übernommen werden.

- 4.3. Bei der Austrian Limited sollte im Sinne der Vertragsfreiheit ein **Beirat** eingerichtet werden können, der nur beratende Funktion hat, oder dem auch Informations-, Zustimmung- und/oder Weisungsrechte zu bestimmten Geschäftsführungsmaßnahmen eingeräumt werden können. Weil es den Gründern von Startups in der Praxis oft schwerfällt, geeignete Vertrauenspersonen zu finden, die die Interessen der Gründer im Beirat wahrnehmen können, sollten auch Mitglieder der Geschäftsleitung zugleich Mitglieder des Beirats sein können. Es sollte klargestellt werden, dass auf einen fakultativen Beirat die gesetzlichen Bestimmungen über den Aufsichtsrat nicht zur Anwendung kommen. Insbesondere findet eine Arbeitnehmermitbestimmung im Beirat nicht statt.
- 4.4. Für die neue Rechtsform der Austrian Limited sollten die Regelungen über den **Aufsichtsrat** gemäß §§ 29 bis 33 GmbHG übernommen werden. Danach ist der Aufsichtsrat grundsätzlich kein zwingendes Organ der Austrian Limited. Vielmehr steht es den Gesellschaftern grundsätzlich frei, einen freiwilligen Aufsichtsrat einzurichten. Die Einrichtung eines Aufsichtsrates sollte nur bei Überschreiten bestimmter Schwellen (§ 29 GmbHG und §§ 221 Abs 1 iVm 268 Abs 1 UGB) zwingend erforderlich sein. Die Arbeitnehmermitbestimmung im Aufsichtsrat sollte für die Austrian Limited sinngleich wie bei der Rechtsform der GmbH gelten.
- 4.5. Ist die Einrichtung eines Aufsichtsrates aufgrund des Überschreitens der Schwellen gesetzlich vorgeschrieben, sollte im Sinne der Flexibilität und Vertragsfreiheit ein Wahlrecht nach dem SE-Modell zwischen dem **monistischen** und dem **dualistischen System** (s §§ 35 ff SE-Gesetz) vorgesehen werden. Damit könnte insbesondere auch bei der Beteiligung internationaler Investoren eine Organstruktur, die internationalen Investoren bereits bekannt ist, gewählt werden. Der Verwaltungsrat im monistischen System hat aus zumindest drei Mitgliedern zu bestehen, und zwar aus wenigstens einem geschäftsführenden Mitglied und aus zumindest zwei nicht geschäftsführenden Mitgliedern.
- 4.6. Eine **Prüfung des Jahresabschlusses** sollte wie bei der GmbH erst ab bestimmten Schwellen (§ 29 GmbHG und §§ 221 Abs 1 iVm 268 Abs 1 UGB) zwingend erforderlich sein. Sowohl der Jahresabschluss als auch der Prüfbericht über die Abschlussprüfung sollen auch in englischer Sprache erstellt werden können.

## 5. Beschlussfassung durch die Gesellschafter

- 5.1. Gesellschafterversammlungen sollten sowohl als **Präsenz-** als auch als **virtuelle Versammlungen** stattfinden können. Um dem Bedürfnis internationaler Investoren zu entsprechen, sollte es auch möglich sein, eine Kombination vorzusehen, sodass an einer Präsenzversammlung auch einzelne Gesellschafter virtuell teilnehmen können. Anlehnung für die Regelungen zu virtuellen Versammlungen kann an den Regelungen des COVID-19-GesG genommen werden. Für die Austrian Limited sollte diese Möglichkeit jedenfalls dauerhaft geschaffen werden.
- 5.2. Das Fassen von **Umlaufbeschlüssen** sollte nicht davon abhängen, dass sich sämtliche Gesellschafter mit der schriftlichen Beschlussfassung einverstanden erklären oder an dieser teilnehmen. Bei entsprechender gesellschaftsvertraglicher Verankerung sollte es ausreichend sein, wenn jeder Gesellschafter von der Einleitung der schriftlichen Beschlussfassung (auch in Form einer Zusendung per E-Mail) verständigt und der Beschluss mit der erforderlichen Stimmenmehrheit schriftlich gefasst wird. Bei der Abstimmung sollte in Anlehnung an § 34 Abs 2 GmbHG die nach dem Gesetz oder Gesellschaftsvertrag erforderliche Mehrheit nicht nach der Zahl der abgegebenen, sondern nach der Gesamtzahl der allen Gesellschaftern zustehenden Stimmen berechnet werden.
- 5.3. Für die Austrian Limited sollte gesetzlich klargestellt werden, dass Umlaufbeschlüsse generell eine **gleichwertige Alternative** zu Beschlüssen in einer Gesellschafterversammlung sind. Es sollten daher etwa auch Kapitalerhöhungen und Änderungen des Gesellschaftsvertrags im Umlaufweg beschlossen werden können.
- 5.4. Die Beschlüsse einer Austrian Limited sollten generell keinen zusätzlichen Formerfordernissen unterworfen werden. Insbesondere sollte die **Beschlussfassung im Umlaufweg unter Verwendung elektronischer Signaturprogramme (zB DocuSign, HelloSign) oder E-Mail** möglich sein. Protokolle über Gesellschafterversammlungen bzw Beschlussfassungen sollten auch in englischer Sprache abgefasst werden können. Das Protokoll ist an die Gesellschafter zu übermitteln, wobei auch hierfür die Übermittlung per E-Mail ausreichend sein sollte.
- 5.5. Die Unterscheidung zwischen bloß **anfechtbaren** und **nichtigen** (bzw schwebend unwirksamen oder Schein-) Gesellschafterbeschlüssen ist notwendig und sollte auch für die Austrian Limited beibehalten werden. Es sollte daher zwar das Konzept der Nichtigkeitsklage, die grundsätzlich eine Rechtsgestaltungsklage ist, aus dem GmbH-Recht übernommen, aber entsprechend angepasst werden. Etwa sollte eine

Heilung im Falle der mehrjährigen Eintragung im Firmenbuch gesetzlich verankert werden und die Kostentragung im Anfechtungsprozess angepasst werden. Auch sollte klargestellt werden, dass eine positive Beschlussfeststellungsklage und die Klage gegen Gesellschafter auf Zustimmung zulässig sind.

## 6. Minderheitsrechte und Individualrechte der Gesellschafter

- 6.1. Es sollte ein **Recht auf Sonderprüfung** als Minderheitenrecht geben, das bereits ab einem Anteilsbesitz von 1 % zusteht, um eine Majorisierung der Minderheit möglichst hintanzuhalten. Der Antrag auf Sonderprüfung sollte zudem an weitere Voraussetzungen, die einen Missbrauch des Minderheitsrechts hintanhaltend sollen, (insbesondere den Nachweis, dass ein Antrag auf Sonderprüfung von der Gesellschafterversammlung abgelehnt wurde) geknüpft werden. Ebenso sollte ein **Recht auf Schadenersatzklage** als Minderheitenrecht einer 1%-Minderheit verankert werden, um die Verfolgung von Ansprüchen gegen die Geschäftsführung sicherzustellen, die sich ersatzpflichtig macht, aber trotzdem die Rückendeckung der Gesellschaftermehrheit hat.
- 6.2. Die Gesellschafter der Austrian Limited sollten die **Individualrechte** haben, die aus dem Kapitalgesellschaftsrecht bekannt sind. Zu diesen Individualrechten zählen unter anderem das Stimmrecht (mit Ausnahme der stimmrechtslosen Anteile), das Gewinnanspruchsrecht, das Recht zur Teilnahme an Gesellschafterversammlungen, das Beschlussanfechtungsrecht, das Recht jedes Gesellschafters, gegen kompetenzwidriges Verhalten der Geschäftsführer vorzugehen, und das Auskunfts- sowie Bucheinsichtsrecht. Das **Bucheinsichtsrecht** sollte allerdings weiterentwickelt und gewisse Beschränkungen sollten zugelassen werden.

## 7. Änderungen des Gesellschaftsvertrags

- 7.1. Änderungen des Gesellschaftsvertrags sollten grundsätzlich einer Beschlussfassung mit qualifizierter Mehrheit (3/4) bedürfen.
- 7.2. Die Benachteiligung einzelner Anteilsgattungen durch satzungsändernden Beschluss sollte nach aktienrechtlichem Vorbild zugelassen werden, wenn der Beschluss insgesamt mit qualifizierter Mehrheit gefasst wird und zusätzlich ein Beschluss der nachteilig betroffenen Anteilsklasse mit einfacher Mehrheit gefasst wird.

## 8. Kapitalmaßnahmen

- 8.1. Kapitalmaßnahmen sollten **(kosten-)effizient, ortsunabhängig und digital** durchgeführt werden können.
- 8.2. Um bestehende Marktchancen rasch ausnutzen zu können, sollte neben der ordentlichen Kapitalerhöhung ein **genehmigtes Kapital** – nach dem Vorbild von § 169 ff AktG und § 55a dGmbHG – geschaffen werden. Das Leitungsorgan der Austrian Limited könnte dann im Gesellschaftsvertrag oder mittels eines Gesellschafterbeschlusses ermächtigt werden, das Nennkapital der Austrian Limited durch Ausgabe neuer Anteile zu erhöhen. Der Erhöhungsbeschluss kann fakultativ an die Zustimmung eines Beirats gebunden werden. Sofern ein Aufsichtsrat zwingend einzurichten ist, bedarf der Erhöhungsbeschluss auch der Zustimmung des Aufsichtsrats.
- 8.3. In Anlehnung an § 186 Abs 3 dAktG würde eine gesetzliche Verankerung der Zulässigkeit des **Bezugsrechtsausschlusses für Barkapitalerhöhungen** bei angemessenem Ausgabepreis eine weitere Flexibilisierung bedeuten und die kurzfristige Beteiligung von Investoren – diese ist unmöglich, wenn die Gesellschafter von ihren Bezugsrechten Gebrauch machen – wesentlich erleichtern. Aufgrund der gerade im Anfangsstadium von Startups noch geringen Unternehmensbewertung könnte dafür zumindest eine Schwelle von 50 % des Nennkapitals für zulässig erklärt werden.
- 8.4. Für die Ausgabe von Wandeldarlehen, Wandelschuldverschreibungen, Optionsanleihen (Warrants) und die Unterlegung von Incentivierungsprogrammen sollte auch das **genehmigte, das bedingte und das genehmigte bedingte Kapital** nach dem Vorbild des Aktienrechts zugelassen werden. Der Kreis der Begünstigten von Incentivierungsprogrammen sollte allerdings – anders als im Aktienrecht – neben Mitarbeitern und den Mitgliedern der Geschäftsführung auch Dienstleister und Beiratsmitglieder der Gesellschaft umfassen. Dies würde auch die **Wettbewerbsfähigkeit von Startups**, die meist nicht in der Lage sind, eine marktübliche Entlohnung anzubieten, im internationalen Vergleich **steigern**.
- 8.5. Für das genehmigte, bedingte und genehmigte bedingte Kapital sollten in Anlehnung an das AktG Obergrenzen normiert werden. Allerdings sollte auf Grund des potenziell hohen Finanzierungsbedarfs innerhalb der ersten 10 Jahre nach der Gründung die Obergrenze nicht auf die Hälfte des vorhandenen Nennkapitals beschränkt sein. Denkbar wäre, dass man es nur zur Pflicht macht, einen Höchstbetrag im Gesellschaftsvertrag bzw im Ermächtigungsbeschluss anzugeben, mag dieser auch ein Mehrfaches des Nennkapitals sein.

8.6. Kapitalerhöhungen sind von der Geschäftsführung der Austrian Limited beim Firmenbuch anzumelden. Vorzulegen sind eine entsprechende Bankbestätigung (vergleichbar § 10 GmbHG) und die konsolidierte Fassung des geänderten Gesellschaftsvertrags, der das erhöhte Nennkapital ausweist.

## 9. Gesellschaftsanteile und ihre Übertragung

9.1. Jeder Gesellschafter einer Austrian Limited soll – dem Konzept der GmbH folgend – grundsätzlich **einen Anteil an der Gesellschaft** halten. Im Hinblick darauf, dass bei Venture Capital-Finanzierungen die Ausgabe unterschiedlicher Gattungen von Anteilen üblich ist (zB Vorzugsanteile A, Vorzugsanteile B usw), sollte es zugelassen werden, dass **unterschiedliche Anteilsklassen** bestehen können, die mit unterschiedlichen Rechten und Pflichten verbunden sind. Neben den ordentlichen Anteilen an der Austrian Limited sollten daher auch Anteile besonderer Gattung, etwa Vorzugsanteile und Anteile ohne Stimmrecht zulässig sein, deren genaue Ausgestaltung den Gesellschaftern überlassen sein sollte. Es sollte möglich sein, dass ein Gesellschafter mehrere Anteile unterschiedlicher Gattungen halten kann.

9.2. Die **Stimmrechte** sollten nach dem Verhältnis des gesamten Nennwerts der den Gesellschaftern zustehenden Anteile der jeweiligen Anteilsklasse bemessen werden. Andere Vertragsregelungen sind zulässig.

9.3. In der Praxis sind Treuhandkonstruktionen häufig, bei denen ein Treuhänder als unmittelbarer Gesellschafter der GmbH mehrere Treugeber (meist Investoren) hinter sich bündelt. Vor diesem Hintergrund sollte klargestellt werden, dass ein Gesellschafter nicht mit allen Stimmen gleich abstimmen muss, sondern ein **Split Voting** zulässig ist.

9.4. Um in der Rechtsform der Austrian Limited eine kostengünstige und flexible Übertragung der Anteile zu ermöglichen, sollte sich das Konzept der **Übertragung** der Anteile der Austrian Limited am Recht der Aktiengesellschaft orientieren. Die Anteile an der Austrian Limited sollten nach der gesetzlichen Normalregelung generell – und nicht nur für den Fall des Todes – teilbar sein. Das Abtreten von Anteilen sollte mit **schriftlichem Abtretungsvertrag** und ohne weitere Formerfordernisse möglich sein. Auch in diesem Zusammenhang sollten elektronische Signaturprogramme (zB DocuSign, HelloSign) dem Schriftlichkeitserfordernis genügen. Im Falle der Übertragung von Anteilen hat die Gesellschaft nach Mitteilung und Nachweis der Anteilsübertragung das Anteilsbuch zu aktualisieren.

- 9.5. Der gutgläubige Anteilswerb sollte möglich werden, wenn der Erwerber mindestens 5 Jahre (Alternative: 3 Jahre) als Gesellschafter in das Anteilsbuch eingetragen und der ausgeschiedene Gesellschafter gelöscht war.
- 9.6. In der Praxis übliche vertragliche **Übertragungsbeschränkungen** (Vinkulierungen, Vorkaufs- und Aufgriffsrechte, Mitverkaufsrechte und Mitverkaufspflichten, Veräußerungsverbote) sollten ausdrücklich für zulässig erklärt werden. Dabei sollte insbesondere auch eine statutarische Regelung zulässig sein, die alle Gesellschafter zur Veräußerung ihrer Anteile auf Grund eines Mehrheitsbeschlusses verpflichtet (Exit-Regelung). Aus legistischer Sicht scheint eine beispielhafte Aufzählung von Übertragungsbeschränkungen sinnvoll, die jedenfalls zulässig sein sollen. Die konkrete Ausgestaltung sollte darüber hinaus allerdings – innerhalb der gesetzlichen Grenzen (Sittenwidrigkeit, Gläubigerschutzbestimmungen) – der Privatautonomie der Gesellschafter überlassen bleiben.

## 10. Erwerb und Verkauf eigener Anteile

Der **Erwerb und der Verkauf eigener Anteile** sollten bei der Austrian Limited – in Anlehnung an die bestehende Regelung zum Erwerb eigener Aktien in § 65 AktG und jene zum Erwerb eigener Geschäftsanteile in § 33 dGmbHG – möglich sein. Für den Erwerb eigener Anteile sollten in Anlehnung an das AktG Obergrenzen normiert werden. Eigene Anteile könnten unter anderem auch dem Bedienen von Bezugsrechten von Incentivierungsprogrammen dienen. Jedenfalls sollte auch eine allgemeine Ermächtigung nach § 65 Abs 1 Z 8 AktG möglich sein.

## 11. Einziehung von Anteilen

Bei der Austrian Limited sollte eine **Möglichkeit zur Einziehung von Anteilen** – nach dem Vorbild von § 192 ff AktG und § 34 dGmbHG – geschaffen werden. Ein möglicher Anwendungsfall könnte die Einziehung von Anteilen eines Gründers sein, der das Startup vorzeitig verlässt und sich seine Anteile noch nicht (zur Gänze) verdient hat (Einziehung nicht gevesteter Anteile). Ein weiterer Anwendungsfall könnte die Einziehung von Anteilen eines Gesellschafters sein, der nach einer Kapitalerhöhung und Eintragung im Firmenbuch den vertraglich vereinbarten Zuschuss nicht an die Gesellschaft leistet. Auch der Ausschluss von Gesellschaftern aus wichtigem oder sachlichem Grund ist ein möglicher Anwendungsfall.

## 12. Mezzanine Finanzierungsformen

Die Zulässigkeit mezzaniner Finanzierungsformen (zB Wandeldarlehen, Optionsanleihen oder Genussrechte) erweitert den Handlungsspielraum von Startups bei der Kapitalbeschaffung und kann zur Optimierung der Finanzierungsstruktur beitragen. Eine allfällige Aufzählung der zulässigen Finanzierungsinstrumente sollte jedenfalls nur demonstrativ sein und so offen, dass möglichst keine (hybriden) Finanzierungsformen ausgeschlossen werden. Das scheint schon deshalb geboten, weil es sich um einen dynamischen Bereich handelt, in dem in der Praxis auch immer wieder neue Finanzierungsformen entwickelt werden. Für die Bedienung von Bezugs- oder Wandlungsrechten, die aus derartigen Finanzinstrumenten resultieren, sollte der Anwendungsbereich des genehmigten, des bedingten und des genehmigten bedingten Kapitals eröffnet werden.

## 13. Auflösung und Liquidation

Die derzeitige Praxis zeigt, dass Gründer und Kapitalgeber in vielen Fällen nicht primär die Liquidation der Gesellschaft durch Verkauf und Verwertung ihres Vermögens (asset deal) anstreben, sondern einen Verkauf der Anteile an der Gesellschaft (share deal). Deshalb ist es wichtig, den Gesellschaftern – im Sinne der Vertragsfreiheit – vertragliche Regelungen zu gestatten, die zwar wirtschaftlich betrachtet einer Liquidation der Gesellschaft gleichkommen, aber nicht zur Liquidation der Gesellschaft zwingen, sondern die mittelbare Verwertung des Vermögens und die gemeinsame Verwertung aller Anteile zulassen. Nach dem Vorbild der GmbH und AG ist im Übrigen ein Verfahren zur Auflösung und Liquidation auch für die Austrian Limited vorzusehen.

## 14. Gesellschaftsrechtliche Umgründungen

Auf Basis der bestehenden Regelungen des Kapitalgesellschaftsrechts soll die Austrian Limited wie die übrigen Kapitalgesellschaften in jede andere (Kapital-)Gesellschaftsform umgewandelt werden und unter Anwendung der einschlägigen Bestimmungen auch Gegenstand einer nationalen oder grenzüberschreitenden Verschmelzung oder Spaltung sein können. Eine Umwandlung der Austrian Limited in eine AG würde auch den Weg an die Börse ermöglichen.

## 15. Einordnung der Austrian Limited in den aktuellen Rechtsbestand

- 15.1. Als Kapitalgesellschaft (Unternehmer kraft Rechtsform) kommen die Regelungen im Unternehmensgesetzbuch (**UGB**) auf die Austrian Limited zur Anwendung.
- 15.2. Die Austrian Limited sollte im **Firmenbuch** eingetragen werden. Für sämtliche Urkunden, Erklärungen, Beschlussfassungen und Anmeldungen zum Firmenbuch sollte bei der Austrian Limited eine schlichte Textform (in Anlehnung an die Textform im Sinne des § 13 Abs 2 AktG) ausreichend sein. Dies ist durch entsprechende Änderungen des Firmenbuchgesetzes sicherzustellen.
- 15.3. Die Austrian Limited würde aufgrund der Formulierung des Anwendungsbereichs des **Wirtschaftliche Eigentümer Registergesetzes** unmittelbar in den Anwendungsbereich dieses Gesetzes fallen. Betont sei nochmals, dass die Gesellschafter der Austrian Limited nicht in das Firmenbuch eingetragen werden sollen (sondern stattdessen ein Anteilsbuch zu führen ist). Freilich ist die Austrian Limited aber in die Liste der Rechtsträger gemäß § 1 Abs 2 WiEReG aufzunehmen und die Daten gemäß § 5 WiEReG sind der Registerbehörde zu melden. Die Vorschriften im Zusammenhang mit dem **Verbot der Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung** würden im Falle der Einführung der neuen Rechtsform der Austrian Limited auch diese und ihre Organe erfassen.
- 15.4. Auch in das Zivilverfahrensrecht, das Exekutions- und Insolvenzrecht, das Eigenkapitalersatzrecht, das Unternehmensreorganisationsrecht, das Arbeitsrecht, das Insolvenzentgeltsicherungsrecht und das Steuerrecht fügt sich die Austrian Limited als neue Kapitalgesellschaftsform mit kleineren Anpassungen problemlos ein.

## 2 Einführung einer neuen Rechtsform einer Kapitalgesellschaft

### 2.1 Wunsch des Gesetzgebers zur Schaffung einer neuen Kapitalgesellschaftsform

Wirtschaftsstandorte stehen in einem ständigen Wettbewerb, den nicht zuletzt auch die Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union zur Niederlassungsfreiheit weiter befeuert.<sup>2</sup> Wo ein Wirtschaftsstandort in diesem Wettbewerb steht, lässt sich Rankings entnehmen, die renommierte internationale Organisationen und Universitäten erstellen. Als Basis dienen diesen Rankings volkswirtschaftliche Kennzahlen und gezielt durchgeführte Meinungsumfragen.<sup>3</sup>

Österreich liegt in derartigen Rankings zur Attraktivität als Wirtschaftsstandort im internationalen Vergleich nur im Mittelfeld:

- In einer breit angelegten Deloitte-Analyse von Wirtschaftsstandorten in den Bereichen politisches und makroökonomisches Umfeld, Unternehmensinfrastruktur, regulatorisches Umfeld, Kosten, Digitalisierung, Innovation, Forschung und Technologie, Verfügbarkeit von Arbeitskräften und Lebensqualität erreicht Österreich derzeit nur 3,1 von 5 Punkten. In der Kategorie regulatorisches Umfeld erreicht Österreich sogar nur 2,5 von 5 Punkten.<sup>4</sup>
- Außerdem konnte Österreich seine Platzierung im Deloitte-Standortvergleich in den vergangenen zehn Jahren nicht verbessern und landete in diesem Zeitraum stets rund um Platz 20. In den Top 10 der attraktivsten Wirtschaftsstandorte fanden sich in unterschiedlicher Reihenfolge die USA, die skandinavischen Länder, die Schweiz, Deutschland, die Niederlande, das Vereinigte Königreich (UK), Hong Kong und Singapur.

Die allenfalls durchschnittliche Attraktivität Österreichs als Wirtschaftsstandort ist insbesondere auch für Startups nachteilig. Startups sind gerade in der Anfangsphase typischerweise nicht in der Lage, eine Entlohnung für ihre Mitarbeiter anzubieten, die mit großen Konzernen vergleichbar ist. Deshalb sind Startups im internationalen Wettbewerb um die

---

<sup>2</sup> S dazu den informativen Überblick bei *Artmann/Rüffler*, Gesellschaftsrecht (2017) 25 f.

<sup>3</sup> Darunter unter anderem der Global Competitiveness Index (WEF), der World Competitiveness Index (IMD) und der Global Innovation Index (INSEAD).

<sup>4</sup> Deloitte Radar 2019, Attraktivität des Wirtschaftsstandortes Österreich, abrufbar unter <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/at/Documents/about-deloitte/at-deloitte-radar-2019.pdf>.

besten Köpfe in besonderem Maße auf die Möglichkeit von Mitarbeiterbeteiligungsmodellen angewiesen. Aufgrund unzureichender gesellschaftsrechtlicher und steuerrechtlicher Rahmenbedingungen können Mitarbeiter in Österreich allerdings nur sehr eingeschränkt am Erfolg von Unternehmen beteiligt werden. Auch das führt zu einem Standortnachteil im internationalen Vergleich.

Zu bedenken ist weiters, dass die Sicherstellung der Finanzierung des weiteren Wachstums eine der größten Herausforderungen eines Startups und daher zugleich ein wesentlicher Erfolgsfaktor ist. Gerade bei der Anschlussfinanzierung für die Wachstumsphase zeigt sich aber eine große Lücke<sup>5</sup>. So konnten Europäische Startups im vergangenen Jahr so viel Risikokapital einsammeln wie noch nie zuvor. Insgesamt wurde ein Finanzierungsvolumen von € 31,3 Milliarden realisiert, das sind 46 Prozent mehr als noch im Jahr 2018. Österreich reiht sich allerdings mit einem Finanzierungsvolumen von nur € 183 Millionen (Großbritannien: € 11,12 Milliarden, Deutschland: € 6,08 Milliarden, Frankreich € 5,03 Milliarden) lediglich auf Platz 15 ein<sup>6</sup>. Auch unter Berücksichtigung der Einwohnerzahl schneidet Österreich nicht gut ab. So landeten etwa auch Schweden, die Schweiz, Finnland und Belgien weit vor Österreich.

Diese Untersuchungen und Zahlen lassen vermuten, dass der Wirtschaftsstandort Österreich für ausländische (Venture Capital)<sup>7</sup> Investoren unattraktiv ist. Ohne ausländische (Venture Capital) Investoren sind größere Finanzierungsrunden von Startups jedoch unmöglich. Ist Österreich für ausländische (Venture Capital) Investoren tatsächlich unattraktiv, ist dies selbstverständlich nicht nur für junge und innovative Unternehmen nachteilig, denen die Aufnahme von Risikokapital das Überleben sichert. Denn die Aufnahme von Risikokapital hat eine Schlüsselfunktion in schnell wachsenden Sektoren der Wirtschaft, die von Banken aufgrund des hohen Risikos gar nicht oder nicht ausreichend unterstützt werden (können). Das Positive dieser Ausgangslage ist, dass die Erhöhung der Attraktivität des Wirtschaftsstandortes Österreich für ausländische (Startup-)Investoren eine Reihe positiver volkswirtschaftlicher Effekte nach sich ziehen würde, von denen Österreich gerade in wirtschaftlich schwierigen Zeiten in vielerlei Hinsicht profitieren kann.

---

<sup>5</sup> Hingegen belegt Österreich in der Verfügbarkeit von staatlichen Förderungen für die ersten Schritte von Startups gute Platzierungen in Rankings. So führt Österreich beispielsweise das Ranking des Global Entrepreneurship Monitors im Bereich der staatlichen Unternehmerprogramme an: Mit 6,3 von 9 Punkten landet Österreich vor allen anderen 63 untersuchten Volkswirtschaften.

<sup>6</sup> EY Start-up-Barometer 2019, abrufbar unter [https://assets.ey.com/content/dam/ey-sites/ey.com/de\\_de/news/2020/04/ey-start-up-barometer-europa-april-2020.pdf](https://assets.ey.com/content/dam/ey-sites/ey.com/de_de/news/2020/04/ey-start-up-barometer-europa-april-2020.pdf).

<sup>7</sup> Siehe dazu weiterführend zB: *Taga/Forstner*, Erfolgreiche Unternehmensgründungen mit Venture Capital (2003); *Bank/Möllmann*, Venture Capital Agreements in Germany (2017); *Weitnauer*, Handbuch Venture Capital<sup>6</sup> (2019).

Angesichts der bloß durchschnittlichen Attraktivität Österreichs als Wirtschaftsstandort überrascht es wenig, dass Österreich sogar schon medial auch in puncto Startup-Kultur – samt den dafür erforderlichen rechtlichen Rahmenbedingungen – Aufholbedarf attestiert wird.<sup>8</sup> Von der österreichischen Startup-Szene werden neben der hohen Abgabenquote insbesondere der hohe administrative Aufwand, der mit der Gründung<sup>9</sup> und Führung eines Unternehmens in Österreich verbunden ist, als Standortnachteile gesehen. Zahlreiche gesellschaftsrechtliche Vorgaben werden in der Praxis von Startups als Überregulierung empfunden und sorgen bei ausländischen Investoren regelmäßig für Verwunderung. Gerade das Schaffen einer neuen Rechtsform könnte einen wesentlichen Beitrag leisten, um österreichische Startups wettbewerbsfähiger und für (ausländische) Investoren attraktiver zu machen. Eine neue Rechtsform, die den Bedürfnissen innovativer Unternehmen gerecht wird, wäre auch ein starkes Signal, das bei entsprechender Umsetzung für internationale Aufmerksamkeit und Anerkennung für Österreich als Gründerland sorgen könnte.

Die Politik hat den außerhalb der Medien schon länger beklagten Aufholbedarf in puncto Startup-Kultur in der Tat bereits aufgegriffen: So sieht das Regierungsprogramm 2020 – 2024<sup>10</sup> vor, dass aufbauend auf internationalen Beispielen eine neue Kapitalgesellschaftsform geschaffen werden soll. Diese neue Kapitalgesellschaftsform soll besonders für innovative Startups und Gründer in ihrer Frühphase eine international wettbewerbsfähige Option bieten. Damit haben die Regierungsparteien eine klare Zielvorstellung vereinbart: Es sind nicht die bestehenden Gesetze für Kapitalgesellschaften (insbesondere das GmbHG und/oder das AktG) anzupassen.<sup>11</sup> Vielmehr ist ein Gesetz zu erlassen, das eine neue Kapitalgesellschaftsform vorsieht, die den Bedürfnissen der Startup- und Gründer-Szene Rechnung trägt, mögen dabei auch alteingefahrene Pfade bestehender Rechtsformen verlassen werden (siehe auch noch zu den bereits koalitierten inhaltlichen Zielvorgaben des neuen Gesetzes in Punkt 3).

---

<sup>8</sup> Vgl. unter anderem Der Standard, Studie bescheinigt Österreich Aufholbedarf bei sozialen Innovationen, 10.10.2016; Die Presse, Studie: Österreichische Startup-Szene stagniert, 21.10.2019; Kurier, Zu wenig Geld: Die österreichische Startup-Szene stagniert, 15.2.2020.

<sup>9</sup> Die hohen Gründungskosten erwähnen auch *Kalss/Schauer*, Die Reform des österreichischen Kapitalgesellschaftsrecht, in Gutachten zum 16. ÖJT (2006), II/1, 303.

<sup>10</sup> Aus Verantwortung für Österreich, Regierungsprogramm 2020 - 2024, Seite 89 (abrufbar unter <https://www.bundestkanzleramt.gv.at/bundestkanzleramt/die-bundesregierung/regierungsdocumente.html>). Siehe auch Aus Verantwortung für Österreich, Regierungsprogramm 2020 – 2024 (Zusammenfassung), Seite 14 (abrufbar aaO).

<sup>11</sup> Die Flexibilisierung des vorhandenen Kapitalgesellschaftsrechts (GmbHG und AktG) ist eine Maßnahme, die nach dem Regierungsprogramm 2020 – 2024 (Seite 31; abrufbar aaO in Fn 10) zur Schaffung einer neuen Kapitalgesellschaftsform hinzutritt.

## 2.2 Gegenstand des Gutachtens

Die gefertigten Kanzleien stimmen dem impliziten Befund des Regierungsprogramms 2020 – 2024 zu, dass die Rechtsformen mit beschränkter Gesellschafterhaftung, die in Österreich derzeit zur Verfügung stehen (also im Wesentlichen die Aktiengesellschaft, die Europäische Gesellschaft (SE), die GmbH und die GmbH & Co KG, eventuell auch die Genossenschaft), jeweils mit zahlreichen Nachteilen oder Unflexibilitäten behaftet sind, und es daher zweckmäßig ist, eine neue Kapitalgesellschaftsform zu konzipieren (siehe dazu auch noch näher unter Punkt 2.5). Das Schaffen einer neuen Kapitalgesellschaftsform hilft im Übrigen nicht nur bei der Vermarktung Österreichs als innovativer Wirtschaftsstandort, sondern macht auch für das interessierte Publikum, also für den Rechtsverkehr und für die Gläubiger, klar ersichtlich, dass für diese (neue) Rechtsform eigens geregelte, neue gesetzliche Standards gelten.

Entsprechend der Vorgabe des Regierungsprogramms 2020 – 2024, eine neue Kapitalgesellschaftsform zu schaffen, stellen die gefertigten Kanzleien auftragsgemäß nachstehend rechtliche Überlegungen zur Gestaltung dieser neuen Kapitalgesellschaftsform an. Dabei sollen unter Abwägung von Pro- und Kontraargumenten zum Teil auch Varianten für gesetzliche Regelungen vorgestellt werden. Die neue Kapitalgesellschaftsform muss naturgemäß eine eigenständige Bezeichnung erhalten. Hier soll die neue Kapitalgesellschaftsform unter dem Arbeitstitel „Austrian Limited“ firmieren. Mit diesem Arbeitstitel soll zum Ausdruck gebracht werden, dass die neue Kapitalgesellschaftsform ein Signal des österreichischen Gesetzgebers an die international agierende Gründerszene ist.<sup>12</sup> Hingegen sollen mit dem Arbeitstitel „Austrian Limited“ keine falschen Assoziationen geweckt werden. Es soll mit diesem Arbeitstitel also nicht zum Ausdruck gebracht werden, dass sich das Konzept für die neue Kapitalgesellschaftsform an der englischen Limited und deren Haftungskonzept<sup>13</sup> orientiert. Es ist auch keineswegs Sinn und Zweck dieses Gutachtens, eine neue Kapitalgesellschaftsform zu propagieren, die den Gläubigerschutz unterminiert.

## 2.3 Allgemeine Überlegungen zum rechtspolitischen Ermessen des Gesetzgebers

Es ist – wie gesagt – gut verständlich, dass die Regierungsparteien dem Wirtschaftsstandort Österreich zu seiner Stärkung eine neue Rechtsform an die Hand geben wollen, die den praktischen Bedürfnissen innovativer Unternehmen bestmöglich entspricht. Diese

---

<sup>12</sup> Vgl. Aus Verantwortung für Österreich, Regierungsprogramm 2020 - 2024, Seite 89 (abrufbar unter <https://www.bundeskanzleramt.gv.at/bundeskanzleramt/die-bundesregierung/regierungsdokumente.html>).

<sup>13</sup> Vgl. J. Reich-Rohrwig, Startschuss zur GmbH-Reform, *ecolex* 2008, 138 ff; Lahnsteiner, „Disqualification“ – Ausschluss von der Gewerbeausübung, *ecolex* 2008, 141 ff.

Bedürfnisse der Praxis nährt mitunter auch die Tatsache, dass sich der Gesellschafterkreis innovativer Unternehmen nicht an Staatsgrenzen orientiert, sondern sich regelmäßig auf In- und Ausländer – seien es physische Personen, juristische Personen oder sonstige Rechtsgebilde – erstreckt. Tatsache ist, dass im Ausland beispielsweise die Systeme zum Nachweis der Existenz eines ausländischen Rechtsträgers oder der Vertretungsbefugnis der handelnden Personen zum Teil völlig anders als in Österreich geregelt sind. Auch deshalb erweisen sich Formalitäten, die nach dem derzeit geltenden Gesellschaftsrecht in Österreich einzuhalten sind, oft als mühevoll und zeitaufwändiges Hindernis. Das österreichische Gesellschaftsrecht kann daher mit der Schnelligkeit von Unternehmensentwicklungen und neuen Finanzierungs- sowie Kapitalrunden der aufstrebenden Unternehmen nicht immer Schritt halten. Ziel der neuen Kapitalgesellschaftsform sollte es daher sein, alle diese zeitraubenden Hemmnisse bewusst abzubauen und möglichst gering zu halten. Dieses Ziel deckt sich mit der klaren rechtspolitischen und wirtschaftlichen Vorgabe des Regierungsprogramms 2020 – 2024 nach weniger Bürokratie.<sup>14</sup> Dem Gesetzgeber steht ein verfassungsrechtlicher Gestaltungsspielraum insoweit zu, als er in seinen rechtspolitischen und wirtschaftspolitischen Zielsetzungen frei ist.<sup>15</sup>

Dem dem derzeitigen Kapitalgesellschaftsrecht in Österreich immanenten, oftmals allzu ängstlichen Streben nach Gläubigerschutz<sup>16</sup> wohnt eine statische Sichtweise inne, die punktuell bei der Gründung, einer Kapitalerhöhung oder sonstigen Kapitalmaßnahmen ansetzt, aber die eigentlichen Faktoren für eine positive Unternehmensentwicklung in Wahrheit nicht beurteilt und beurteilen kann. Eingedenk dieser Tatsache, die den Gesetzgeber des GmbH-Gesetzes im Jahr 1906 zu einer Abkehr vom „Konzessionssystem“ hin zum „Normativsystem“ veranlasst hatte, sollten die bürokratischen Hemmnisse weiter abgebaut werden. Dafür spricht auch, dass die Höhe des Mindeststammkapitals – wenn man die breite Masse der Insolvenzverfahren analysiert – tendenziell keinen wirklich ins Gewicht fallenden Beitrag zum Gläubigerschutz leistet. Die Überschuldung von Kapitalgesellschaften bei Insolvenzeröffnung beträgt regelmäßig zumindest mehrere € 100.000,-. Daher bewirkt der Umstand, ob bei Gründung der Kapitalgesellschaft € 5.000,- oder € 10.000,- an (Mindest-) Stammkapital geleistet werden, keine erhebliche Erhöhung der

---

<sup>14</sup> Aus Verantwortung für Österreich, Regierungsprogramm 2020 - 2024, Seite 89 (abrufbar unter <https://www.bundeskanzleramt.gv.at/bundeskanzleramt/die-bundesregierung/regierungsdokumente.html>). S. 89.

<sup>15</sup> RIS-Justiz RS0053889; RS0117654 (T5); OGH 5 Ob 124/10m Zak 2010, 396. Zum weiten rechtspolitischen Gestaltungsspielraum der Gesetzgebung bei der Festlegung einer bestimmten Höhe des Stammkapitals und der Stammeinlage: VfGH 19.6.2015 G211/2014.

<sup>16</sup> Vgl auch *J. Reich-Rohrwig/C. Grossmayer in Artmann/Karollus, AktG*<sup>6</sup> § 84 Rz 668 unter Hinweis auf OGH 1 Ob 571/86 JBl 1986, 713: Es „soll einer geschäftsschädigenden Ängstlichkeit nicht das Wort geredet werden“ und „zur Wirtschaft gehört gewiss vielfach auch Mut zum Risiko“.

Befriedigungsquote für die Gläubiger. Dieser Befund deckt sich im Übrigen mit der Funktion, die mittlerweile dem Mindeststammkapital zuerkannt wird. So betont der Gesetzgeber in den Materialien zum GesRÄG 2013<sup>17</sup>, dass das Mindeststammkapital keine dem Betrieb angemessene Kapitalausstattung garantiert und als Haftungsfonds im Krisenfall meist nicht mehr zur Verfügung steht. Es kann somit den Gläubigerschutzzweck nur sehr eingeschränkt erfüllen. Stattdessen wird dem Mindeststammkapital heute vielmehr die Funktion einer bloßen Seriositätsschwelle zuerkannt. Die Insolvenzstatistik zeigt, dass gründungsprivilegierte GmbHs mit einem Anteil von 40 % aller GmbH-Insolvenzen und mangels kostendeckenden Vermögens abgewiesenen GmbH-Insolvenzanträgen im Jahr 2019<sup>18</sup> im Vergleich zu „normalen“ GmbHs stark überrepräsentiert sind. Das dürfte allerdings vor allem damit zusammenhängen, dass Unternehmen in der gründungsnahen Phase wesentlich häufiger „wirtschaftlichen Schiffbruch“ erleiden als bereits etablierte Unternehmen. Der Umstand, dass wenig Startkapital vorhanden ist, mag das Risiko vergrößern, die Anlaufphase mit den typischen Anlaufverlusten wirtschaftlich nicht erfolgreich zu überstehen.

Mit den Mitteln des Gesetzgebers lässt sich demnach – wenn man nicht prohibitiv hohe Hürden aufstellen will – nur eine gewisse Seriosität der Gründer verlangen, dass also deren Vermögensverhältnisse soweit „geordnet oder stabil“ sind, dass sie wenigstens in der Lage sind, die Mindestbareinzahlung zu leisten, und zwar nicht nur „auf dem Papier“, sondern tatsächlich auf ein Bankkonto<sup>19</sup>.

In der Tat sollte es daher eher darum gehen, dass der Gesetzgeber dynamischen, wachsenden Unternehmen eine Regelungsebene bietet, die die Gesellschafter in ihren Aktivitäten unterstützt bzw zumindest nicht behindert. Im Zusammenhang mit der Einführung der gründungsprivilegierten GmbH hat der VfGH<sup>20</sup> bereits auf den Standpunkt hingewiesen, dass der Gesetzgebung bei der Regelung des Stammkapitals von Gesellschaften und im Besonderen bei der Festlegung einer bestimmten Höhe des Stammkapitals und der Stammeinlage ein weiter rechtspolitischer Gestaltungsspielraum zukommt und es dem

---

<sup>17</sup> ErlRV 2356 BlgNR 24. GP 13.

<sup>18</sup> Diese Prozentangabe fußt auf der uns vom KSV 1870 zur Verfügung gestellten Insolvenzstatistik, wonach die insgesamt 1586 GmbH-Insolvenzen und masselosen Insolvenzen nach Abzug der 16 Insolvenzen von Zweigniederlassungen ausländischer Limiteds, in 634 Fällen gründungsprivilegierte und in 936 Fällen „normale“ GmbHs betrafen.

<sup>19</sup> Damit wird dem früher üblichen Missbrauch durch inhaltlich unrichtige Bestätigungen der Geschäftsführer über die Einzahlung der Bareinlagen durch die Gründer entgegengewirkt. Was allerdings später mit dem an die GmbH eingezahlten Geld geschieht – ob es etwa sofort an die Gesellschafter zurückgezahlt oder in Form von Gehältern und anderen Vergütungen oder Investitionen aufgebraucht wird – ist damit nicht gesichert. Dies zeigt, dass alle Gründungserfordernisse, die auf Seriosität hinwirken, realistisch betrachtet nur einen überschaubaren Effekt haben.

<sup>20</sup> VfGH 19.6.2015 G 211/2014.

Gesetzgeber daher freisteht, diese Höhe unter Berücksichtigung unterschiedlicher gesellschaftsrechtlicher Erwägungen, aber auch unter Einbeziehung steuerrechtlicher Aspekte festzulegen. Ein Standpunkt, den der OGH im Verfahren vor dem VfGH geteilt haben dürfte, stufte er doch weder das Stammkapital von € 35.000,- noch die gründungsprivilegierte Stammeinlage von € 10.000,- für sich betrachtet als unsachlich ein. Somit sprechen gute Gründe dafür, dass es dem einfachen Gesetzgeber freisteht, den Gläubigerschutz im Verhältnis zur Förderung von Unternehmensgründungen zumindest zeitweilig anders zu gewichten. In Verfolgung dieses Interesses war schließlich ja auch die Kennzeichnung („Brandmarkung“) der gründungsprivilegierten GmbH nach österreichischer Rechtslage nicht erforderlich. Deshalb hat der österreichische Gesetzgeber – anders als dies der deutsche Gesetzgeber mit der „Unternehmergesellschaft“ getan hat – auch keine eigene Kennzeichnung der gründungsprivilegierten GmbH vorgenommen. Die Seriositätsgewähr der Gründer<sup>21</sup> – wie sie dem modernen Verständnis eines Mindestkapitals entspricht<sup>22</sup> – wird dadurch erreicht, dass sie bei der nun angedachten Austrian Limited jedenfalls über liquide Mittel von zumindest € 2.500,- als Mindestbareinlage verfügen, diesen Betrag der Gesellschaft nachweislich zur freien Verfügung stellen und ein Mindestkapital von insgesamt € 5.000,- aufbringen müssen.<sup>23</sup> Die Regelung zur Gründungsprivilegierung, wie sie bei der Rechtsform der GmbH existiert (siehe § 10b GmbHG), ist allerdings relativ kompliziert. Daher wird hier das im Regierungsübereinkommen 2020 – 2024 vorgesehene „Ansparmodell“ durch eine Gewinn-Ausschüttungssperre bis zum Erreichen eines zu definierenden bilanziellen Eigenkapitals umgesetzt (siehe dazu näher unter Punkt 5.8.5). Insgesamt liegen damit die Anforderungen der Austrian Limited im internationalen Vergleich im Mittelfeld des im Ausland üblichen Mindest-Kapitals (dazu siehe näher Punkt 5.1.1.e.).

---

<sup>21</sup> Die Bankbestätigung stellt wohl auch eine Art Seriositätsschwelle dar: *van Husen in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 10 Rz 56*, ebenso wie das Mindeststammkapital als eine Seriositätsschwelle betrachtet wird: OGH 6 Ob 111/14p Rdw 2014, 647; 6 Ob 147/15h AnwBl 2016, 64 (betreffend ein Stammkapital von € 10.000,-).

<sup>22</sup> ErlRV 2356 BlgNR 24. GP 13.

<sup>23</sup> Der in diesem Gutachten vorgeschlagene Regelungsmechanismus sieht einerseits die grundsätzliche Nicht-Prüfung von Sacheinlagen, die Zulassung von Dienstleistungen zur Anrechnung auf das Nennkapital und deren Behandlung als Sacheinlagen und den Entfall der solidarischen Haftung der Gesellschafter für die Aufbringung ihrer Einlagen und im Falle der Einlagenrückgewähr vor, wie es auch dem Gläubigerschutzstandards des österreichischen Aktiengesetzes entspricht. Allerdings sieht der Regelungsvorschlag gemäß diesem Gutachten auch die Einführung einer den §§ 39 bis 41 AktG entsprechenden Verantwortlichkeit der Gründer, anderer Personen neben den Gründern sowie der Organmitglieder vor, und für die Dauer der Gesellschaft auch eine Verschuldenshaftung der geschäftsführenden Organe sowie – sofern ein Aufsichtsrat eingerichtet ist – auch der Aufsichtsratsmitglieder. Diese Haftung wird, sofern die Gesellschaft prüfpflichtig ist, durch die gesetzliche Haftung des Jahresabschlussprüfers ergänzt.

In unionsrechtlicher Hinsicht soll sich die „Austrian Limited“ ohne Systembruch in die geltenden Richtlinien einfügen, so etwa in die Bilanz-Richtlinie<sup>24</sup>, in die Abschlussprüfungsrichtlinie<sup>25</sup>, in die Fusions-Richtlinie<sup>26</sup> und in die Ein-Personen-GmbH-Richtlinie<sup>27</sup>. Dass bei der Gründung der Austrian Limited neben der Einbringung von Sacheinlagen auch die Anrechnung von Dienstleistungen auf das Nennkapital zugelassen wird, ist nach der Ges-RL<sup>28</sup> kein Verstoß gegen das Unionsrecht, wenn die Austrian Limited nicht als „Aktiengesellschaft“ im Sinne der Ges-RL ausgestaltet wird (siehe dazu Punkt 2.7).

Dass das gegenständliche Gutachten die Anrechnung von Dienstleistungen als einen Teil des Nennkapitals vorsieht, ist dem großen Bedürfnis der Gründer nach dieser Anrechnungsmöglichkeit geschuldet. Trotz dieses Bedürfnisses der Praxis wird danach getrachtet, den Gläubigerschutz nicht über Bord zu werfen, sondern Missbräuche sowie negative Auswüchse zu vermeiden. Deshalb soll im Interesse des Gläubigerschutzes die Anrechnung von Dienstleistungen betraglich limitiert sein (siehe dazu unten Punkt 5.1.3.) und durch weitere Begleitmaßnahmen dem Gedanken des Gläubigerschutzes Rechnung getragen werden (siehe dazu unten Punkt 5.1.1.f.).

## 2.4 Spezifische Bedürfnisse von Startups mit Beteiligung von (ausländischen) Kapitalinvestoren

International werden vor allem Länder als attraktive Standorte für die Gründung von Startups wahrgenommen, in denen die Gründung möglichst unbürokratisch, wenig komplex und rasch abgewickelt werden kann. Das ist dann der Fall, wenn alle notwendigen Schritte zur Gründung einer Kapitalgesellschaft digital gesetzt werden können. Deshalb empfiehlt sich auch für die Austrian Limited, dass alle Gründungsschritte digital gesetzt werden können. Diesen Digitalisierungsgedanken betont im Übrigen auch die Richtlinie (EU) 2019/1151 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.6.2019 zur Änderung der

---

<sup>24</sup> Richtlinie 2013/34/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.6.2013 über den Jahresabschluss, den konsolidierten Abschluss und damit verbundene Berichte von Unternehmen bestimmter Rechtsformen und zur Änderung der Richtlinie 2006/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG.

<sup>25</sup> Richtlinie 2006/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.5.2006 über Abschlussprüfungen von Jahresabschlüssen und konsolidierten Abschlüssen, zur Änderung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 84/253/EWG des Rates.

<sup>26</sup> Richtlinie 2009/133/EG des Rates vom 19.10.2009 über das gemeinsame Steuersystem für Fusionen, Spaltungen, Abspaltungen, die Einbringung von Unternehmensteilen und den Austausch von Anteilen, die Gesellschaften verschiedener Mitgliedstaaten betreffen, sowie für die Verlegung des Sitzes einer Europäischen Gesellschaft oder einer Europäischen Genossenschaft von einem Mitgliedstaat in einen anderen Mitgliedstaat.

<sup>27</sup> Richtlinie 2009/102/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.9.2009 auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts betreffend Gesellschaften mit beschränkter Haftung mit einem einzigen Gesellschafter.

<sup>28</sup> Siehe Artikel 46.

Richtlinie (EU) 2017/1132 im Hinblick auf den Einsatz digitaler Werkzeuge und Verfahren im Gesellschaftsrecht („**Digitalisierungs-RL**“). Zentrale Aspekte sind außerdem möglichst geringe Kapitalaufbringung und insgesamt niedrige Gründungskosten.

Um auch für internationale Gründer und Investoren attraktiv zu sein, sehen andere Länder (zB Estland und Griechenland) inzwischen vor, dass Gesellschaften nicht nur unter Verwendung der Landessprache, sondern insbesondere auch unter Verwendung der englischen Sprache gegründet werden können. Dadurch können Behördengänge – insbesondere im grenzüberschreitenden Kontext – vereinfacht und der Gründungsprozess beschleunigt werden. Darüber hinaus wird ein starkes Signal der Offenheit an internationale Gründer und Schlüsselarbeitskräfte gesetzt. Der Offenheit gegenüber internationalen Gründern und Schlüsselkräften wäre es auch zuträglich, wenn das neu erlassene Gesetz zur Austrian Limited in englischer Sprache zur Verfügung gestellt wird. Das wäre nichts gänzlich Neues in Österreich. So stellt etwa die Übernahmekommission auch eine englische Fassung des Übernahmegesetzes auf ihrer Homepage ([www.takeover.at](http://www.takeover.at)) zur Verfügung und auch das Rechtsinformationssystem des Bundes ([www.ris.bka.gv.at/Englische-Rv/](http://www.ris.bka.gv.at/Englische-Rv/)) stellt eine Auswahl englischsprachiger Gesetzestexte zur Verfügung (s dazu auch die Liste unter [www.ris.bka.gv.at/RisInfo/LawList.pdf](http://www.ris.bka.gv.at/RisInfo/LawList.pdf)).

Für Startups, die durch die Beteiligung von (ausländischen) Kapitalinvestoren finanziert werden, reicht eine optimale Gestaltung des Gründungsprozesses jedoch nicht aus. Um bei der Aufnahme von Risikokapital rasch und flexibel agieren und Marktchancen nutzen zu können, ist ein flexibler Rechtsrahmen erforderlich, der möglichst weitgehende Gestaltungsfreiheit einräumt. Diesem Gedanken folgen auch zahlreiche europäische Staaten bei ihren Bemühungen, das Kapitalgesellschaftsrecht zu flexibilisieren und so die Standortattraktivität zu steigern. So können etwa die Niederlande mit ihrer so genannten „Flex-BV“, die sich durch ihre große Flexibilität auszeichnet, in Standortrankings Bestwerte erzielen.<sup>29</sup> In diesem Sinn sollte auch für die Austrian Limited gelten, soviel Privatautonomie wie möglich, soviel zwingende gesetzliche Vorgaben wie notwendig.

Investoren werden meist über Kapitalerhöhungen an Startups beteiligt. Häufig werden auch Anteile von Investoren, die auf Frühphaseninvestments fokussiert sind, an solche verkauft, die in späteren Phasen investieren. Startups, die sich über Risikokapital finanzieren, müssen daher sowohl bei Kapitalmaßnahmen als auch bei Anteilsübertragungen möglichst flexibel sein. Dabei ist es auch für Startups entscheidend, dass der Zufluss von weiterer Liquidität zeitlich exakt vorhersehbar und von äußeren Einflüssen möglichst frei

---

<sup>29</sup> Etwa Platz 2 im Global Innovation Index (INSEAD) 2018 und Platz 4 im World Competitiveness Index (IMD) 2018, Platz 2 im Deloitte Radar Europaranking.

ist. Vor diesem Hintergrund können flexible Möglichkeiten zur Erhöhung des Nennkapitals, etwa in Form eines genehmigten Kapitals, die Aufnahme von Risikokapital für Startups wesentlich erleichtern.

Zu einer flexiblen Finanzierungsstruktur gehört auch, dass Beschlüsse der Gesellschafter möglichst einfach und unbürokratisch gefasst werden können. Um eine zeitgemäße Beschlussfassung zu ermöglichen, müssen Gesellschafter zu jedem Zeitpunkt und von jedem Ort aus in der Lage sein, wirksame Beschlüsse zu fassen. Das kann sowohl durch virtuelle Versammlungen als auch durch Beschlussfassungen mittels elektronischer Signaturprogramme (zB DocuSign, HelloSign) oder per E-Mail ermöglicht werden.

Ausländische Kapitalinvestoren wünschen regelmäßig die Einrichtung eines Beirats. Dieser soll manchmal nur beratende Funktion haben. Mitunter sollen dem Beirat aber auch einzelne Zustimmungskompetenzen oder Weisungsrechte in bestimmten Angelegenheiten eingeräumt werden. Startups sollten daher bei der Gestaltung der Organisation der Gesellschaft und der Einrichtung eines Beirats flexibel sein.

Der Erfolg von Startups hängt wesentlich davon ab, ob sie in der Lage sind, hochqualifizierte Mitarbeiter zu rekrutieren. Gerade in der Anfangsphase sind Startups jedoch oft nicht in der Lage, ihren Mitarbeitern eine Bezahlung anzubieten, die mit jener in größeren Unternehmen mithalten kann. Deshalb werden Mitarbeiter, aber auch Dienstleister und Organmitglieder (zB Beiräte) von Startups gerne durch Modelle incentiviert, die ihnen bei späteren Dividenden oder einem Exit-Erlös eine gewisse Beteiligung daran sichern. Dabei ist meist eine rein wirtschaftliche Beteiligung gewünscht, ohne gesellschaftsrechtliche Mitspracherechte (wie zB Stimmrechte). Für Startups ist daher ein rechtlich flexibler Rahmen zur Ausgestaltung von Mitarbeiterbeteiligungsmodellen wichtig, um international im Wettkampf um qualifizierte Mitarbeiter mithalten zu können.

Um sowohl bei Kapitalmaßnahmen als auch im Hinblick auf Mitarbeiterbeteiligungsprogramme flexibel zu sein, sollte neben der Ausgabe von ordentlichen Anteilen auch die Ausgabe von Anteilen besonderer Gattung (Vorzugsanteile, Anteile ohne Stimmrecht) möglich sein. Durch unterschiedliche Anteilklassen könnten Investorenrechte (zB die unterschiedliche Behandlung der Investoren bei der Gewinnverteilung, Bestimmungen zum Verwässerungsschutz oder die Definition von Beschlussmehrheiten für bestimmte zustimmungspflichtige Geschäftsführungsmaßnahmen) einfacher abgebildet werden, die bisher in der Praxis häufig in schuldrechtlichen Nebenvereinbarungen geregelt werden (müssen). Zudem könnten stimmrechtslose Anteile zur Bedienung von Mitarbeiterbeteiligungsprogrammen eingesetzt werden. Zur Unterlegung von Incentivierungsprogrammen sollte es auch möglich sein, ein bedingtes Kapital zu schaffen. Ein solches kann auch

für Zwischenfinanzierungen (zB Wandeldarlehen, Optionsanleihen) hilfreich sein und diese deutlich erleichtern.

Im internationalen Vergleich zeigt sich, dass die Bestplatzierten in Standortrankings gezielt auf unterschiedliche Stärken setzen. Schweden, Dänemark oder die Niederlande bestechen durch ihr hohes Innovationsniveau, Estland im Bereich der digitalisierten Behördenwege, Finnland durch eine exzellente Bildung, kleinere Stadtstaaten durch minimale Bürokratie.<sup>30</sup> Manche der genannten Stärken können nur über längere Zeit entwickelt werden. Durch eine neue Kapitalgesellschaftsform, die auf die genannten Bedürfnisse von Startups zugeschnitten ist, könnte Österreich rasch einen Schritt zur Stärkung des Wirtschaftsstandortes setzen.

## 2.5 Schwächen der österreichischen GmbH und der österreichischen Aktiengesellschaft und Vorzüge des Schaffens einer neuen Kapitalgesellschaftsform

Das Aktienrecht und das GmbH-Recht haben seit ihrer erstmaligen gesetzlichen Regelung<sup>31</sup> jeweils zahlreiche Veränderungen und nahezu ausschließlich Verschärfungen erfahren. Diese Verschärfungen resultierten teils daraus, dass im Interesse des Anlegerpublikums ein Schutzniveau geschaffen werden sollte, wie es dem heutigen Kapitalmarkt-, Prospekt- und Prospekthaftungsrecht entspricht. Zum Teil waren diese Novellierungen aber auch der Tatsache geschuldet, dass in den Anfängen des Aktien- und GmbH-Rechts noch keine ausgeprägten Vorschriften zur Buchführung und Bilanzierung existierten. Daher wurden nicht näher definierte „Gewinne“ oder „Gründervorteile“ ausgeschüttet, die letztlich die Substanz der Gesellschaft zu Lasten der Gläubiger geschmälert haben. Die damals in Diskussion befindlichen „Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung und Bilanzierung“ waren nach dem heutigen Regelungsniveau als „völlig unterentwickelt“ und – im Sinne der heute von Jahresabschlüssen erwarteten Transparenz – als „nicht aufgabenadäquat“ zu beurteilen. Das hat dazu geführt, dass – im Sinne einer statischen Betrachtungsweise – ein stärkerer Schutz der Gläubiger bei der Gründung oder bei Kapitalerhöhungen gesucht wurde. Dieser Schutz konnte allerdings naturgemäß nur punktuell wirken, vermochte also keinen dauerhaften adäquaten Gläubigerschutz sicherzustellen. Dies dürfte der Anlass dafür gewesen sein, dass die Judikatur dafür die Sachgründungsvorschriften extrem penibel und gläubigerschützend – ohne auf den denkbaren Einwand des „recht-

---

<sup>30</sup> Deloitte Radar 2019, Attraktivität des Wirtschaftsstandortes Österreich S. 5, abrufbar unter <https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/at/Documents/about-deloitte/at-deloitte-radar-2019.pdf>.

<sup>31</sup> Das Aktienrecht wurde erstmals im Vereinspatent von 1852 gesetzlich geregelt; das GmbHG im Jahre 1906.

mäßigen Alternativverhaltens“ Rücksicht zu nehmen – angewendete, Heilungsmöglichkeiten durch nachträgliche Sachgründungsprüfung versagte<sup>32</sup> und dabei insgesamt wohl über das Ziel hinausschoss. Das hat vielfach zu Kritik geführt.<sup>33</sup> Dieser Kritik soll bei der Konzeptionierung der neuen Kapitalgesellschaftsform Rechnung getragen werden.

Bei der Rechtsform der GmbH sind Mitarbeiterbeteiligungen – darunter sind einerseits die Ausgabe von Anteilen oder Anteilsoptionen, andererseits aber auch die Einziehung der Anteile bei Ausscheiden des Mitarbeiters zu verstehen – nur höchst umständlich bis gar nicht möglich. Die neue Rechtsform der Austrian Limited soll diesbezüglich mehr Flexibilität und Formfreiheit bringen. Auch in steuerlicher Hinsicht sollten hier Begleitmaßnahmen getroffen werden. Außerdem fehlt nach bestehendem GmbH-Recht bei der GmbH – im Unterschied zum Aktienrecht – die Möglichkeit der Schaffung von „genehmigtem Kapital“, von „bedingtem Kapital“ und von „genehmigtem bedingtem Kapital“. Diese Instrumente sind für die Flexibilisierung notwendig, etwa wenn es um die Ausgabe von neuen Anteilen an Investoren und Mitarbeiter, wenn es um die Umwandlung von Wandeldarlehen, Wandelanleihen oder die Ausgabe von Wandeloptionsdarlehen bzw -anleihen geht.

Die Vorschriften über das Abhalten von Gesellschafterversammlungen erweisen sich im GmbH-Recht als starr und unflexibel. Die schriftliche Beschlussfassung im Umlaufweg, wie sie das GmbH-Gesetz derzeit regelt, ist außerdem mit Unsicherheiten behaftet. Im Aktienrecht sind die Regelungen über das Abhalten der Hauptversammlung noch viel starrer als im GmbH-Recht. Sie entsprechen daher noch weniger den Bedürfnissen einer flexiblen Rechtsform und der Dynamik von Startups, die beispielsweise in kurz aufeinanderfolgenden Finanzierungsrunden neue Investoren oder Kooperationspartner an Bord holen wollen. Dazu kommen noch Kosten und Formalismen, die in beiden Rechtsformen (GmbH und AG) mit der Abhaltung von Versammlungen verbunden sind und die für Änderungen

---

<sup>32</sup> OGH 6 Ob 132/00f RdW 2001, 19 = ecolex 2001, 205 (*Konwitschka*); vgl *Konwitschka*, Verdeckte Sacheinlagen bei sanierenden Kapitalerhöhungen und deren Heilung, ecolex 2001, 183.

<sup>33</sup> Etwa im Zusammenhang mit der „verschleierte Sacheinlage“: *Konwitschka*, ecolex 2001, 186; *Konwitschka*, Anm zu OGH 6 Ob 132/00f, ecolex 2001, 205; *Konwitschka*, Lehre von der verdeckten Sacheinlage auch bei der AG und im Konzern, Anm zu OGH 9 Ob 68/13k, ecolex 2014, 616; *Konwitschka*, Anm zu OGH 6 Ob 81/02h, ecolex 2003, 688; *J. Reich-Rohrwig/Gröss*, Einbringung eines durch unbare Entnahmen überschuldeten Unternehmens in eine GmbH – Zugleich Besprechung von OGH 23.1.2003, 6 Ob 81/02h, ecolex 2003, 680 ff; *J. Reich-Rohrwig*, Das Regierungsprogramm zu Zivil-, Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, ecolex 2020, 256 (258). Oder etwa bei Verstößen gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr: *J. Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung der AG, GmbH sowie GmbH & Co. KG (2004) 37; *J. Reich-Rohrwig*, ecolex 2020, 258; *Mädel/G. Nowotny*, Einbringung und verdeckte (verschleierte) Sacheinlage im GmbH-Recht, in FS Wiesner (2004) 278 ff; *Thurnher*, Die Vermeidung verschleierter Sacheinlagen bei der Einbringung von Betrieben mit Entnahmen nach § 16 Abs 5 UmgrStG, GesRZ 2005, 10 (15); *Bauer/Zehetner in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 82 Rz 61/1. Ausführliche Reformüberlegungen bei *Kalss/Schauer*, Die Reform des österreichischen Kapitalgesellschaftsrechts, in Gutachten zum 16. ÖJT (2006), II/1.

des Gesellschaftsvertrags, Kapitalerhöhungen und/oder Anteilsübertragungen notwendig sind. COVID bedingt hat der Gesetzgeber allerdings erste vereinfachte, den internationalen Kommunikationsmöglichkeiten entsprechende Alternativen eingeführt.<sup>34</sup> Damit hat der Gesetzgeber bereits einen Schritt in die richtige Richtung gesetzt. Der vorgezeichnete Weg sollte im Zuge der Konzeptionierung der neuen Kapitalgesellschaftsform weitergegangen werden, um Gründer auch insofern eine leicht handhabbare und auf diese Weise international wettbewerbsfähige Gesellschaftsform an die Hand zu geben.

Zusätzlich zur erwähnten Starrheit der Regelungen über das Abhalten der Hauptversammlung bestehen bei der Rechtsform der Aktiengesellschaft – wie auch eine empirische Studie<sup>35</sup> belegt – zahlreiche Nachteile. Diese Nachteile haben im Zeitraum 2011 bis 2018 sogar einen Rückgang der Zahl der Aktiengesellschaften von 33 % (!) bewirkt. Im Einzelnen wird als nachteilig empfunden (die in Klammer angegebenen Prozentsätze entsprechen den Nennungen in der Umfrage, die der erwähnten empirischen Studie zugrunde liegt; dort sind auch weitere Nachteile der Rechtsform der AG genannt<sup>36</sup>):

- die mit der Rechtsform der AG verbundenen höheren Kosten, etwa wegen der notariellen Beurkundung jeder Hauptversammlung (73 %);
- der höhere Administrationsaufwand;
- die Aufsichtsratspflicht (45 %) und die Pflicht zur Jahresabschlussprüfung, die sich bei einer „kleinen“ Kapitalgesellschaft in der Rechtsform der GmbH vermeiden lassen (49 %);
- die fehlende Weisungsbefugnis der Aktionäre gegenüber dem Vorstand und die fehlenden Einflussmöglichkeiten der Hauptversammlung;
- die AG ist im Vergleich zur GmbH in größerem Umfang zur Veröffentlichung von Details ihres Jahresabschlusses verpflichtet (19 %); und
- keine schriftliche Beschlussfassung der Aktionäre im Umlaufweg und keine mündlichen Aktionärsbeschlüsse sämtlicher Aktionäre (17 %).

Mit den genannten Nachteilen soll keineswegs der Eindruck erweckt werden, dass sämtliche Regelungen des GmbH-Rechts und/oder des Aktienrechts schlecht oder unberechtigt wären. Vielmehr weist etwa das Aktienrecht ein hohes und ausdifferenziertes Regelungsni-

---

<sup>34</sup> Siehe dazu das Bundesgesetz betreffend besondere Maßnahmen im Gesellschaftsrecht aufgrund von COVID-19 (Gesellschaftsrechtliches COVID-19-Gesetz – COVID-19-GesG), BGBl I 16/2020, und die Verordnung der Bundesministerin für Justiz zur näheren Regelung der Durchführung von gesellschaftsrechtlichen Versammlungen ohne physische Anwesenheit der Teilnehmer und von Beschlussfassungen auf andere Weise (Gesellschaftsrechtliche COVID-19-Verordnung – COVID-19-GesV), BGBl II 140/2020.

<sup>35</sup> J. Reich-Rohrwig, Zahl der Aktiengesellschaften stark rückläufig, *ecolex* 2018, 1097 ff.

<sup>36</sup> J. Reich-Rohrwig, *ecolex* 2018, 1097, 1099.

veau auf, das durch seinen Detaillierungsgrad allerdings naturgemäß als kompliziert empfunden wird. Manche formalistische oder aufwändige Regelung ist verständlich, weil sie für börsennotierte Gesellschaften konzipiert und deshalb der höhere Standard gerechtfertigt ist. Manche Regelungen gewähren sogar mehr Flexibilität als bei der GmbH, etwa bei der Kapitalbeschaffung, bei der Übertragung und Einziehung von Aktien und beim Erwerb eigener Aktien. Diese Vorzüge geben ebenso wie andere Vorzüge, auch solche des GmbH-Rechts, Anlass, beim Vorschlag über eine Regelung der Austrian Limited durchaus auch auf Vorschriften des GmbHG und des AktG zurückzugreifen. Das nämlich dann, wenn sich Regelungen des GmbHG bzw des AktG bewährt haben und wenn sie auch für Startups oder für stark wachsende Unternehmen, die in mehreren Finanzierungsrunden zusätzliches Kapital aufnehmen und dadurch zusätzliche Gesellschafter erhalten, gut passen.

Demgemäß soll also für das Konzept der neuen Kapitalgesellschaftsform auch auf bewährte Regelungen zurückgegriffen werden, deren Unzulänglichkeiten behoben und Verbesserungsmöglichkeiten ausgeschöpft werden. Es mag daher bei flüchtiger Betrachtung der Eindruck erweckt werden, dass keine neue Kapitalgesellschaftsform geschaffen werden müsste, sondern man mit der bloßen Überarbeitung vorhandener Gesetze das Auslagen finden könnte. Bei näherer Betrachtung trägt dieser Eindruck. Mit der Anzahl der vorgeschlagenen Änderungen würde nämlich ein tiefgreifender Eingriff in die vorhandenen Kapitalgesellschaftsformen einhergehen. Für den einzelnen Gesellschafter hätte dieser tiefgreifende Eingriff zur Folge, dass er sich plötzlich in einer Gesellschaftsform wiederfindet, die nicht mehr den Erwartungen entspricht, die er bei ihrer Wahl und Begründung hatte. Ein derart schwerwiegender Eingriff in berechnete Erwartungshaltungen lässt sich nur vermeiden, indem in bestehende Gesellschaftsformen nicht eingegriffen wird, sondern stattdessen und entsprechend den Vorgaben des Regierungsprogramms 2020 – 2024 eine neue Gesellschaftsform geschaffen wird. Gerade aus diesem Grund hat sich auch der griechische Gesetzgeber für die Einführung einer neuen Gesellschaftsform mit beschränkter Haftung entschieden und von tiefschürfenden Eingriffen in das bereits vorhandene GmbH-Recht abgesehen.<sup>37</sup> Umgekehrt sollte Personen, die bereits vergesellschaftet sind, freilich nicht die Möglichkeit genommen werden, ebenfalls, aber eben kraft eigener privatautonomer Entscheidung in den Genuss der Vorzüge der neuen Gesellschaftsform zu kommen. Für eine Umwandlung der bestehenden Gesellschaftsformen in eine Austrian Limited muss daher Sorge getragen werden (siehe dazu in Punkt 5.13).

---

<sup>37</sup> Papadimopoulos, Die Private Kapitalgesellschaft im griechischen Recht, RIW 2014, 344 (344).

## 2.6 Das Konzept der neuen Rechtsform „Austrian Limited“, deren volkswirtschaftlicher Nutzen und deren Vermarktung in der internationalen Gründerszene

Auf Grund des bereits Erläuterten ist es gut verständlich, dass die österreichische Bundesregierung ein für Gründer freundlicheres regulatives Umfeld schaffen will, das durch eine neue Kapitalgesellschaftsform beflügelt wird und das auch international vermarktet werden kann. Österreich soll als attraktiver Standort auch für ausländische Gründer und Startups positioniert werden, weil Österreich im verschärften Wettbewerb mit den Gesellschaftsformen anderer Staaten steht.<sup>38</sup> Die Signalwirkung, die von der Einführung der neuen Rechtsform ausgeht,<sup>39</sup> kann sich Österreich zu Nutze machen.

Der volkswirtschaftliche Nutzen daraus kann sicherlich enorm sein: Freilich muss jedem bewusst sein, dass nur ein Teil der neugegründeten Unternehmen erfolgreich ist und es auch bei positiv wirtschaftenden Unternehmen massive Unterschiede in deren Erfolg geben kann. Dennoch ist es in Zeiten eines deutlich zu Tage tretenden Wettbewerbs der Volkswirtschaften, der zum Teil auch durch das regulatorische Umfeld in den einzelnen Jurisdiktionen bestimmt wird, ein Gebot der Stunde, diesen Wettkampf im internationalen Vergleich aufzunehmen. Auf diese Weise sollte sich Österreich um den Zuzug der besten Köpfe und der erfolgreichsten Unternehmer bemühen. Das hat naturgemäß auch positive steuerliche Langzeit-Auswirkungen. Österreich – als attraktiver Steuerstandort mit gut ausgebildeten Arbeitskräften, die für jede Betriebsgründung notwendig sind – hat in der Vergangenheit durchaus Erfolge bei Betriebsansiedelungen ausländischer Unternehmen aufzuweisen. Diese Erfolge sind aber durchaus „ausbaufähig“.

## 2.7 Sekundärrechtliche Vorgaben für die Ausgestaltung der Austrian Limited

### 2.7.1 Richtlinie (EU) 2017/1132 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts

Der Gesetzgeber hat bei der Ausgestaltung der Austrian Limited selbstverständlich die sekundärrechtlichen Vorgaben des Unionsrechts zu beachten.

---

<sup>38</sup> ErlRV 2356 BgNr 24. GP 12.

<sup>39</sup> Aus demselben Grund hat Griechenland im Jahr 2012 eine neue Form der Kapitalgesellschaft eingeführt, siehe dazu *Papadimopoulos*, Die Private Kapitalgesellschaft im griechischen Recht, RIW 2014, 344 ff.

Die umfassendste sekundärrechtliche Grundlage im Gesellschaftsrecht ist die Richtlinie (EU) 2017/1132 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14.6.2017 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts („**Ges-RL**“). Die Ges-RL konsolidiert hierbei insbesondere nachfolgende gesellschaftsrechtliche Richtlinien:

- Richtlinie 82/891/EWG betreffend die **Spaltung von Aktiengesellschaften**;
- Richtlinie 89/666/EWG über die **Offenlegung von Zweigniederlassungen**, die in einem EU-Land von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen errichtet wurden, die dem Recht eines anderen Landes unterliegen;
- Richtlinie 2005/56/EG über die **Verschmelzung von Kapitalgesellschaften** aus verschiedenen Mitgliedstaaten;
- Richtlinie 2009/101/EG zur **Koordinierung der Schutzbestimmungen**, die in den EU-Ländern der Gesellschaften im Sinne des Artikels 48 Absatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten;
- Richtlinie 2011/35/EU über die **Verschmelzung von Aktiengesellschaften**; und
- Richtlinie 2012/30/EU zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den EU-Ländern der Gesellschaften im Sinne des Artikels 54 Absatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union **für die Gründung der Aktiengesellschaft sowie für die Erhaltung und Änderung ihres Kapitals** vorgeschrieben sind.

Die einzelnen Abschnitte der Ges-RL sind, wie die Richtlinien, die sie konsolidiert, auf verschiedene Rechtsformen anwendbar. Zahlreiche Bestimmungen, insbesondere jene der Richtlinie 2012/30/EU (die ehemalige „Kapitalrichtlinie“<sup>40</sup>), sind nur auf „Aktiengesellschaften“ anwendbar, andere generell auf „Kapitalgesellschaften“. <sup>41</sup> Da nationales Rechts soweit wie möglich in Einklagen mit Richtlinien der Europäischen Union auszulegen ist (sogenannte richtlinienkonforme Interpretation), stellt sich die Frage, ob die Austrian Limited überhaupt von der Ges-RL erfasst wäre, und wenn ja, ob sie als „Aktiengesellschaft“ oder als sonstige „Kapitalgesellschaft“ einzuordnen wäre.

---

<sup>40</sup> Richtlinie 2012/30/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.10.2012 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 54 Absatz 2 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter für die Gründung der Aktiengesellschaft sowie für die Erhaltung und Änderung ihres Kapitals vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten.

<sup>41</sup> Vgl. *Potyka/Spending*, Weniger ist mehr? - Die neue EU-Richtlinie 2017/1132 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts, GES 2017, 302 ff.

## 2.7.2 Keine einheitliche Legaldefinition der erfassten Gesellschaftsformen

Die Ges-RL enthält keine einheitliche Legaldefinition der erfassten Gesellschaftsformen. Die Kommission definiert folgende Kategorien von Gesellschaften, auf die sich die Richtlinie bezieht:<sup>42</sup>

- **Kapitalgesellschaft:** Eine Gesellschaft, die Rechtspersönlichkeit besitzt und über gesondertes Gesellschaftskapital verfügt, das allein für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet.<sup>43</sup>
- **Aktiengesellschaft:** Eine Kapitalgesellschaft, die öffentlich Anteile anbietet.

Richtigstellend ist hierbei zur Aktiengesellschaft anzuführen, dass sich die Vorschriften nicht lediglich auf tatsächlich kapitalmarktorientierte Aktiengesellschaften beziehen, sondern auf Rechtsformen, die potenziell Anteile öffentlich handeln können.<sup>44</sup>

Die Richtlinie enthält sodann in Anhang I eine Liste jener Rechtsformen in den Mitgliedstaaten, die einer Aktiengesellschaft entsprechen. Anhang II enthält eine Auflistung aller Kapitalgesellschaften im Sinne der Ges-RL, für Österreich daher Aktiengesellschaft und GmbH. Weiters enthält Anhang IIa eine Liste von Gesellschaftsformen, für die insbesondere eine Online-Gründung zu ermöglichen ist, wobei die Mitgliedstaaten nicht verpflichtet sind, für jede Kapitalgesellschaft eine solche Gründungsform zu ermöglichen.

Für die Austrian Limited folgt hieraus, dass diese eine „Aktiengesellschaft“ im Sinne von Anhang I wäre, wenn sie börsenfähig wäre, ansonsten eine „Kapitalgesellschaft“ im Sinne von Anhang II, wenn sie dies nicht ist.

## 2.7.3 Aufnahme neuer Gesellschaften in den Anhang der Ges-RL

Die Aufnahme neuer Gesellschaftsformen in die Anhänge der Ges-RL wurde erstmals mit der Änderung der Ges-RL durch die Digitalisierungs-RL geregelt. Die Digitalisierungs-RL hat folgenden Artikel 162a in die Ges-RL eingefügt:

---

<sup>42</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/de/LSU/?uri=CELEX%3A32017L1132>.

<sup>43</sup> Vgl bspw Artikel 119; Erwägungsgrund 3 der RL 68/151/EWG.

<sup>44</sup> So *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht<sup>5</sup> § 6 Rz 3.

## Artikel 162a

Die Mitgliedstaaten unterrichten die Kommission unverzüglich über alle Änderungen der nach ihren nationalen Rechtsvorschriften bestehenden Rechtsformen von Kapitalgesellschaften, die sich auf den Inhalt der Anhänge I, II und IIA auswirken.

Wenn ein Mitgliedstaat die Kommission nach Absatz 1 dieses Artikels unterrichtet, ist die Kommission befugt, die Liste der Rechtsformen von Gesellschaften in den Anhängen I, II und IIA im Wege delegierter Rechtsakte nach Artikel 163 gemäß den in Absatz 1 dieses Artikels genannten Informationen anzupassen.

Hieraus ist zu schließen, dass die Bundesregierung verpflichtet wäre, die Austrian Limited der Kommission anzuzeigen und diese könnte die Austrian Limited sodann, wenn diese nicht börsenfähig ist, in den Anhang II aufnehmen.

### 2.7.4 Schlussfolgerungen

Die Austrian Limited hat zumindest jenen Vorschriften der Ges-RL zu entsprechen, die auf „Kapitalgesellschaften“ im Sinne der Ges-RL anzuwenden sind.

Hervorzuheben sind hierbei folgende Aspekte:

- die Pflicht zu **Offenlegung von Urkunden**, wie Errichtungsakt (Gesellschaftsvertrag) und Höhe des gezeichneten Kapitals (Artikel 14); und
- die Bestimmungen über **die Umwandlung, Verschmelzung und Spaltung von Kapitalgesellschaften** (Titel II).

### 2.7.5 Sonstiges Sekundärrecht

Folgendes Sekundärrecht wäre nur unter besonderen Voraussetzungen oder überhaupt nicht auf die Austrian Limited anwendbar:

**Aktionärsrechterichtlinie**<sup>45</sup>: Anwendbar auf tatsächlich börsennotierte Aktiengesellschaften bzw Austrian Limiteds

---

<sup>45</sup> Richtlinie 2007/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.7.2007 über die Ausübung bestimmter Rechte von Aktionären in börsennotierten Gesellschaften, geändert durch die Richtlinie (EU) 2017/828 im Hinblick auf die Förderung der langfristigen Mitwirkung der Aktionäre.

**Einpersonengesellschafts-RL**<sup>46</sup>: Die Einpersonengesellschafts-RL verpflichtet die Mitgliedstaaten lediglich eine Gesellschaftsform mit beschränkter Haftung einzuführen, die auch Einzelunternehmern bzw einem einzelnen Gesellschafter offensteht (vgl Erwägungsgrund 4 und 5). Zwar erfüllt Österreich mit der GmbH dieses Erfordernis bereits. Die Einpersonengesellschafts-RL sieht allerdings auch vor, dass sie gilt, wenn Mitgliedstaaten Einpersonen-Aktiengesellschaften zulassen. Zumindest wertungsmäßig hätte die Austrian Limited damit die Vorschriften der RL ebenfalls zu erfüllen. Diese wären insbesondere:

- Offenlegung des einzigen Gesellschafters (Artikel 3); und
- Niederschrift von Rechtsgeschäften zwischen dem einzigen Gesellschafter und der von ihm vertretenen Gesellschaft einschließlich Generalversammlungsbeschlüssen des einzigen Gesellschafters (Art 4 und 5)

**Rechnungslegungsrecht**: Ein weiteres Feld ist zudem das sekundärrechtlich geprägte Rechnungslegungsrecht. Die Bilanzrichtlinie<sup>47</sup> sieht ähnlich wie die Ges-RL einen Mechanismus vor, nach dem Mitgliedstaaten neue Rechtsformen zu melden haben, die sodann in den Geltungsbereich der Ges-RL aufgenommen werden (Artikel 1). Die volle Anwendung des Rechnungslegungsrechts des UGB erachten die Verfasser ohnehin als selbstverständlich (und zwingend). Auf nähere Ausführungen, auch zum sonstigen Sekundärrecht<sup>48</sup> im Bereich der Rechnungslegung, wird daher verzichtet.

---

<sup>46</sup> Richtlinie 2009/102/EG.

<sup>47</sup> Richtlinie 2013/34/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.6.2013 über den Jahresabschluss, den konsolidierten Abschluss und damit verbundene Berichte von Unternehmen bestimmter Rechtsformen und zur Änderung der Richtlinie 2006/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG.

<sup>48</sup> Bspw die IAS-Verordnung (2006/1606/EG) samt zahlreicher Endorsements; Abschlussprüfer-RL (2006/43/EG) und Abschlussprüfer-VO (2014/537/EU).

### 3 Umsetzung der Zielvorgaben des Regierungsprogramms im Konzept der neuen Kapitalgesellschaftsform

Die Regierungsparteien haben nicht nur die bereits erwähnte klare Zielvorstellung vereinbart, ein Gesetz zu schreiben, das eine neue Kapitalgesellschaftsform vorsieht. Vielmehr haben die Regierungsparteien auch bereits konkrete Bedürfnisse erkannt, denen dieses neue Gesetz, respektive diese neue Kapitalgesellschaftsform Rechnung zu tragen hat. So führt das Regierungsprogramm 2020 – 2024 die folgenden Punkte an, die bei der Gestaltung der neuen Kapitalgesellschaftsform umzusetzen sind:<sup>49</sup>

- Unbürokratische Gründung (Stammkapital-Ansparmodelle, digitale Behördenwege, Englisch als Amtssprache);
- Flexible Anteilsvergabe an mögliche Investorinnen und Investoren sowie Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter (mit minimalen, digitalen Behördenwegen);
- Angepasst an österreichische Standards (z.B. Transparenz aller Gesellschafterinnen und Gesellschafter).

Diese drei koalitierten Zielvorgaben für die Gestaltung der neuen Kapitalgesellschaftsform sollen zum Anlass genommen werden, in den folgenden Unterkapiteln (s Punkt 3.1 bis 3.3) und somit noch vor der Darstellung des Konzepts der neuen Kapitalgesellschaftsform im Einzelnen (siehe dazu unter Punkt 5) zu skizzieren, wie unsere Gestaltungsvorschläge ihnen Rechnung tragen. Vorweg ist aber zu den drei Zielvorgaben aus Sicht der gefertigten Kanzleien zu betonen:

- Gut verständlich ist, dass es dem Gesetzgeber ein Anliegen ist, die Gründung zu entbürokratisieren. Die Beratungspraxis lehrt nämlich, dass bei den bestehenden Formen an Kapitalgesellschaften viele Regelungen als schwerfällig, hindernd oder zumindest als zeitraubend erlebt werden. Werden die zur Verfügung stehenden Rechtsformen dadurch zu einem Hemmnis für die immer internationaler und innovativer werdende Wirtschaft (Gründerszene, aber auch etablierte Unternehmen), wird die Gründung eines Unternehmens in Österreich und damit der Wirtschaftsstandort Österreich unattraktiv. Das noch dazu in einer Zeit, in der die österreichischen Gesellschaftsformen zunehmend im Wettbewerb mit den Gesellschaftsformen anderer

---

<sup>49</sup> Aus Verantwortung für Österreich, Regierungsprogramm 2020 - 2024, Seite 89 (abrufbar unter <https://www.bundeskanzleramt.gv.at/bundeskanzleramt/die-bundesregierung/regierungsdokumente.html>).

(Mitglieds)Staaten stehen.<sup>50</sup> Die Zielvorgabe der Entbürokratisierung sollte freilich nicht nur bei der Gestaltung der Regelungen zur Gründung und Registrierung der neuen Form der Kapitalgesellschaft berücksichtigt werden. Vielmehr sollte diese Zielvorgabe auch bei den Regelungen zum weiteren Verlauf des „unternehmerischen Lebens“ der neuen Kapitalgesellschaft Rechnung getragen werden.

- Nachvollziehbar ist auch der Wunsch der Regierung, Initiativen von Gründern durch eine flexible Rechtsform nach Möglichkeit zu unterstützen. So würde es etwa gerade die erwähnte größere Flexibilität im Bereich der Anteilsvergabe jungen Unternehmen ermöglichen, leichter als bisher sowohl kluge Köpfe als auch Kapitalgeber ins Boot ihrer Unternehmung zu holen.
- Von selbst versteht sich schließlich, dass bewährte österreichische Standards, wie etwa im Bereich der Transparenz, gewahrt werden sollen und müssen. Der Wirtschaftsstandort Österreich soll durch die neue Gesellschaftsform keinen Reputationsverlust erleiden, sondern vielmehr gerade an Reputation zurückgewinnen.

## 3.1 Unbürokratische Gründung

### 3.1.1 Formfreiheit in der Austrian Limited

Formpflichtig sind nach den Vorgaben des österreichischen Gesellschaftsrecht verschiedene Rechtsgeschäfte bzw Unterlagen. Namentlich besteht etwa für den Abschluss des Gesellschaftsvertrags der GmbH<sup>51</sup> und der Satzung der AG<sup>52</sup> eine Notariatsaktpflicht. Gleichwohl besteht dieses Formerfordernis allerdings nicht bei allen österreichischen Gesellschaftsformen. Es gibt auch die notarielle Beurkundung bei Aktiengesellschaften, ein bloßes Schriftlichkeitserfordernis bei elektronischer Einreichung im Rahmen der vereinfachten Ein-Personen-Gründung gemäß § 9a Abs 4 GmbHG, die einfache Schriftform bei der Genossenschaft, und den formfreien, eventuell mündlichen oder sogar konkludenten Abschluss von Gesellschaftsverträgen für Personengesellschaften, sodass etwa auch für die Errichtung einer GmbH & Co KG kein schriftlicher Vertrag erforderlich ist.

Auch die Übertragung von Geschäftsanteilen der GmbH<sup>53</sup> und die Übernahme neuer Geschäftsanteile im Rahmen einer Kapitalerhöhung<sup>54</sup> bedürfen bei der GmbH eines Notari-

---

<sup>50</sup> ErlRV 2356 BlgNR 24. GP 12. Siehe die Länderübersicht unten zu Punkt 5.1.1.e.

<sup>51</sup> Vgl § 4 Abs 3 GmbHG. Wobei – ausschließlich bei der Gründung – der Notariatsakt auch unter Nutzung einer elektronischen Kommunikationsmöglichkeit (§ 69b NO) erfolgen kann.

<sup>52</sup> Vgl § 16 AktG.

<sup>53</sup> Vgl § 76 Abs 2 GmbHG.

<sup>54</sup> Vgl § 52 Abs 4 GmbHG:

atsaktes. Darüber hinaus bedarf auch die Beschlussfassung über die Änderung des Gesellschaftsvertrags<sup>55</sup> oder die Niederschrift der Hauptversammlung der AG<sup>56</sup> der notariellen Beurkundung. Für die Urkunde über die Bestellung der Geschäftsführer (und gegebenenfalls des Aufsichtsrats),<sup>57</sup> die Musterzeichnungen der Geschäftsführer<sup>58</sup> und Anmeldungen zum Firmenbuch ist grundsätzlich<sup>59</sup> die beglaubigte Form vorgeschrieben.

Die Formpflichten, die das österreichische Gesellschaftsrecht anordnet, werden in der Praxis bei der Beteiligung ausländischer Gesellschafter und Investoren noch schwerfälliger, weil diese nicht immer zur persönlichen Unterschrift erscheinen können (im Rahmen der COVID-19 Krise war das nahezu unmöglich). Es werden daher oftmals Vollmachten erforderlich, die dann ebenfalls beglaubigt zu unterfertigen sind.<sup>60</sup> Im Ausland beglaubigte Vollmachten bedürfen zusätzlich in den meisten Fällen einer Überbeglaubigung (Apostille).<sup>61</sup> Die Beschaffung sämtlicher erforderlicher Unterlagen bei Beteiligung mehrerer ausländischer Investoren verursacht bei der Gründung oder auch bei Finanzierungsrunden regelmäßig beträchtlichen organisatorischen Aufwand, der mit entsprechendem Zeitverlust<sup>62</sup> und hohen zusätzlichen Kosten einhergeht.

Ziel der Entbürokratisierung sollte es sein, derartige Formvorschriften bei der Austrian Limited nicht vorzusehen, um gerade in der Anfangsphase die Kostenbelastung der Gründer von Startups deutlich zu senken und die Umsetzung von Gründungen und Finanzierungsrunden zeitlich deutlich zu beschleunigen. Für sämtliche Urkunden, Erklärungen, Beschlussfassungen und Anmeldungen zum Firmenbuch sollte die einfache Schriftform ausreichend sein. Einfache Schriftform sollte allerdings nicht im Sinne der Schriftlichkeit des § 886 ABGB, also als eigenhändige Unterschrift, verstanden werden. Dokumente auch heute noch auszudrucken, diese eigenhändig zu unterschreiben und im Anschluss einen

---

<sup>55</sup> Vgl § 49 Abs 1 GmbHG.

<sup>56</sup> Vgl § 120 Abs 1 AktG.

<sup>57</sup> Vgl § 9 Abs 2 Z 2 GmbHG.

<sup>58</sup> Vgl § 9 Abs 3 GmbHG.

<sup>59</sup> Davon ausgenommen sind die in § 11 FBG genannten Anmeldungen, die nicht der beglaubigten Form bedürfen.

<sup>60</sup> Vgl § 69 NO; *Wagner/Knechtel*, Notariatsordnung<sup>6</sup> § 69 NO Rz 2.

<sup>61</sup> Dies ist dann der Fall, wenn sowohl der Ausstellerstaat der Urkunde als auch der Zielstaat, in dem die Urkunde verwendet werden soll, dem Haager Übereinkommen zur Befreiung ausländischer öffentlicher Urkunden von der Beglaubigung (BGBl 27/1968 und BGBl 28/1968 zuletzt geändert durch BGBl I 40/2017 – Apostillegesetz) beigetreten sind. In diesem Fall müssen Urkunden von den dazu bestimmten Behörden des Ausstellerstaats mit einer Apostille versehen werden, um im Zielstaat verwendet werden zu können.

<sup>62</sup> Investoren stellen Vollmachten in der Regel erst sehr kurzfristig aus, weil Vollmachttexte oft an unterschrittsreife Verträge angelehnt sind, wodurch es zu erheblichen zeitlichen Verzögerungen zwischen Vorliegen der finalen Unterlagen und Signing bzw Auszahlung des Investments kommen kann – im Fall von Finanzierungsrunden kann das zu dramatischen Liquiditätspässen bei Startups führen.

pdf-Scan per E-Mail zu senden, ist nicht mehr zeitgemäß. Deshalb stoßen diese Anforderungen gerade bei internationalen Investoren regelmäßig auf Unverständnis. Stattdessen äußert die Praxis immer häufiger den Wunsch, dass mit elektronischen Signaturprogrammen (zB DocuSign, HelloSign) unterschrieben werden darf. Diese elektronischen Signaturprogramme entsprechen allerdings nicht den strengen Anforderungen einer qualifizierten elektronischen Signatur (und damit der Schriftlichkeit). Diesem Wunsch sollte für die Austrian Limited generell entsprochen werden, um die neue Gesellschaftsform zeitgemäß und international attraktiv zu gestalten.

Orientierung für diese neue einfache Schriftform könnte an § 13 Abs 2 AktG und der darin vorgesehenen Textform genommen werden. Für die Textform werden im Aktiengesetz drei kumulative Voraussetzungen normiert: 1. die Erklärung muss in einer Urkunde oder auf andere zur dauerhaften Wiedergabe in Schriftzeichen geeigneten Weise abgegeben werden; 2. die Person des Erklärenden muss genannt werden; und 3. der Abschluss der Erklärung muss durch Nachbildung der Namensunterschrift oder anders erkennbar gemacht werden. Ein E-Mail, das den Absender am Ende nennt, erfüllt die Voraussetzung der Textform.<sup>63</sup> Gleiches würde auch für die (einfache) elektronische Signatur gelten.

Mit der Einführung der vereinfachten Gründung<sup>64</sup> wurde für die Ein-Personen-GmbH bereits eine Möglichkeit geschaffen, von der sonst vorherrschenden Form des Notariatsaktes bei Abschluss des Gesellschaftsvertrags abzuweichen.<sup>65</sup> Aufgrund des beschränkten Anwendungsbereiches (einziger Gesellschafter ist zugleich Geschäftsführer, Verwendung des Mustergesellschaftsvertrags) wird diese Möglichkeit in der Praxis bisher nicht besonders häufig genutzt.<sup>66</sup> Für die Austrian Limited könnte allerdings insbesondere für die erforderliche Identitätsfeststellung (vgl dazu Punkt 3.3) Anlehnung genommen werden.

Auf Veröffentlichungen im Amtsblatt der Wiener Zeitung sollte bei der Austrian Limited generell verzichtet werden. Bei anderen Gesellschaftsformen hat der Gesetzgeber diesen Schritt bereits in der Vergangenheit gesetzt (s schon jetzt für Personengesellschaften und Einzelunternehmer Art XXIII Abs 15 FBG). Damit hat der Gesetzgeber einen Weg vorgezeichnet, der für eine neue Kapitalgesellschaftsform konsequent fort- und zu Ende gegangen werden sollte, um nicht mehr zeitgemäße und kostenintensive Formalismen abzubauen.

---

<sup>63</sup> Micheler in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG2 § 13 Rz 9; Schopper in Artmann/Karollus, AktG<sup>6</sup> § 13 Rz 18 f.

<sup>64</sup> Vgl § 9a GmbHG.

<sup>65</sup> Kerschbaumer-Gugu, Rechtliche Analyse der vereinfachten Gründung nach § 9a GmbHG, NZ 2017, 281.

<sup>66</sup> Zwischen 1.1.2018 und 31.12.2018 wurden 399 vereinfachte Gründungen vorgenommen, das sind 3 % der gesamten Gründungen im genannten Zeitraum (siehe dazu Szöky, Vereinfachte GmbH-Gründung gemäß § 9a GmbHG Erfahrungen der Firmenbuchgerichte, GES 2019, 283 [287]). Im Jahr 2019 stieg die Anzahl auf 511 Gründungen an.

### **3.1.2 Möglichkeit zur Online-Gründung der Austrian Limited**

Die Entbürokratisierung sollte neben der Formfreiheit der Austrian Limited jedenfalls auch durch die Möglichkeit einer gänzlichen Online-Gründung verwirklicht werden. Die gänzliche Online-Gründung würde den Gründungsprozess nicht nur vereinfachen, sondern auch für internationale Gründer und Investoren eine wesentliche Erleichterung bringen. Außerdem würde die Vorgabe des Regierungsprogramms, Behördenwege digital abzuwickeln, umgesetzt. Im Übrigen wäre die Austrian Limited damit aus internationaler Sicht deutlich attraktiver als die österreichische GmbH.

Die EU hat das praktische Bedürfnis nach Digitalisierung im Gesellschaftsrecht bereits erkannt und im Juli 2019 die Digitalisierungs-RL verabschiedet. Ziel der Digitalisierungs-RL ist es unter anderem, durch den Einsatz digitaler Werkzeuge und Verfahren, die Gründung einer Gesellschaft in einem anderen Mitgliedstaat zu vereinfachen und somit wirtschaftliche Aktivitäten einfacher, rascher und mit Blick auf Kosten und Zeit effizienter einleiten zu können.<sup>67</sup> Die Richtlinie enthält die Vorgabe, dass die Gründung einer Gesellschaft vollständig online erledigt werden können muss und grundsätzlich keine physische Anwesenheit der Gesellschafter erforderlich sein soll. Die Richtlinie erlaubt zwar die Einschaltung von Notaren. Das allerdings nur, wenn auch die Notare die erforderlichen Beurkundungen online vornehmen können. Die Mitgliedstaaten haben die Möglichkeit, die Online-Gründung auf bestimmte Formen von Kapitalgesellschaften einzuschränken und können etwa Sachgründungen vom Anwendungsbereich der Online-Gründung ausnehmen. Die Vorgaben der Richtlinie gelten in Österreich gemäß Anhang IIA der Richtlinie für die GmbH, nicht aber für die Aktiengesellschaft. Die Richtlinie gibt den Mitgliedstaaten zur Erreichung des Ziels einer möglichst raschen Gründung auch eine maximal zulässige Eintragungsdauer von zehn Arbeitstagen (unter Verwendung des Musterformulars von fünf Arbeitstagen) vor.

In Einklang mit der Richtlinie, die bis 1.8.2021 umzusetzen ist, sollte auch für die Austrian Limited die Möglichkeit geschaffen werden, die Gründung vollständig online durchzuführen. Die Möglichkeit der Online-Gründung gibt es in Europa etwa bereits in Estland und Griechenland.

### **3.1.3 Englisch als zulässige Sprache für die Austrian Limited**

Auf Grund der zunehmenden Globalisierung im Wirtschaftsleben und des Ziels, die Austrian Limited auch für internationale Gründer und Investoren attraktiv zu gestalten, liegt es nahe, dass die Regierungsparteien zur weiteren Entbürokratisierung der Gründung und

---

<sup>67</sup> Vgl Erwägungsgrund 2 der Digitalisierungs-RL.

zur Senkung der Kosten für die Austrian Limited nicht nur die deutsche Sprache zulassen wollen, sondern Englisch als Amtssprache etabliert werden soll.

Zwar ist weder im GmbH- noch im Aktienrecht ausdrücklich geregelt, dass der Gesellschaftsvertrag in deutscher Sprache abgefasst werden muss. Da die Einreichung zum Firmenbuch allerdings nur in deutscher Sprache zulässig ist<sup>68</sup> und das Firmenbuch (derzeit) auch nur deutschsprachige Unterlagen prüfen kann, müssen in der Praxis bei internationalem Gesellschafterkreis zweisprachige Gesellschaftsverträge erstellt werden. Das birgt nicht nur die Gefahr von Diskrepanzen zwischen den einzelnen Sprachfassungen, sondern verursacht vor allem auch hohe Kosten. Mit der Zulässigkeit des Abfassens des Gesellschaftsvertrags der Austrian Limited in anderen Sprachen (insbesondere der englischen Sprache) wäre einem großen Bedürfnis der Praxis Rechnung getragen. Damit würde auch ein Schritt zur Verwirklichung der vereinbarten Zielvorgabe des Regierungsprogramms 2020 – 2024<sup>69</sup> gesetzt, Englisch als Amtssprache zu etablieren.

Die Zulässigkeit anderer Sprachen sollte nicht nur für das Abfassen des Gesellschaftsvertrags der Austrian Limited klargestellt werden. Auch Beschlussfassungen, die Rechnungslegung und die gesamte Kommunikation zwischen den Gesellschaftern sowie den Organen der Gesellschaft sollte insoweit flexibilisiert werden. Während die Bücher bei der GmbH und bei der AG schon nach geltender Rechtslage in einer lebenden Sprache geführt werden dürfen (§ 190 Abs 2 UGB), also nicht unbedingt in deutscher Sprache geführt werden müssen, ist zumindest der Jahresabschluss nach geltendem Recht (§ 193 Abs 4 UGB) in deutscher Sprache aufzustellen. Bei der Austrian Limited sollte es sowohl zulässig sein, die Bücher in einer lebenden Fremdsprache (oder einer Amtssprache wenigstens eines Mitgliedstaates der Europäischen Union oder des Europäischen Wirtschaftsraums) zu führen, als auch den Jahresabschluss in einer solchen Sprache aufzustellen.

Die Zulassung von Englisch als Sprache für den Gesellschaftsvertrag der Austrian Limited steht auch nicht in Widerspruch mit Artikel 8 B-VG, der Deutsch als Amtssprache Österreichs vorsieht (s zu Englisch als Sprache in Gerichtsverfahren der Austrian Limited auch noch in Punkt 8.5). Es liegt zunächst primär in der Privatautonomie der Gründer einer Austrian Limited, ob sie von der Möglichkeit, den Gesellschaftsvertrag in Englisch abzufassen, Gebrauch machen möchten, oder es bevorzugen, den Gesellschaftsvertrag in deutscher Sprache zu verfassen. Es wird somit keine Verpflichtung, sondern lediglich eine zusätzliche Möglichkeit geschaffen, die im Interesse der Beteiligten die Kommunikation

---

<sup>68</sup> Ratka in *Straube/Ratka/Rauter*, WK UGB<sup>4</sup> § 11 Rz 5.

<sup>69</sup> Aus Verantwortung für Österreich, Regierungsprogramm 2020 - 2024, Seite 89 (abrufbar unter <https://www.bundeskanzleramt.gv.at/bundeskanzleramt/die-bundesregierung/regierungsdokumente.html>).

mit internationalen Investoren vereinfachen kann. Auch das Einreichen englischsprachiger Unterlagen beim Firmenbuch ist kein gänzlich Novum. So besteht bereits bisher die Möglichkeit, Konzernabschlüsse beim Firmenbuch in englischer Sprache einzureichen<sup>70</sup>, die auch in englischer Sprache in die Urkundensammlung aufgenommen werden. Das Verwenden der englischen Sprache stößt auch unter Berücksichtigung der firmenbuchrechtlichen Publizität und des damit verbundenen Vertrauens- und Verkehrsschutzes<sup>71</sup> auf keine weiteren Bedenken. Die Publizitätswirkung nach § 15 UGB gilt nämlich nur für die Eintragungen im Hauptbuch, nicht aber für die Urkundensammlung selbst.<sup>72</sup> Da die wesentlichen Informationen ohnedies in deutscher Sprache im Hauptbuch des Firmenbuches eingetragen werden, kann sich jeder Dritte (auch in deutscher Sprache) über die wesentlichen Informationen, etwa die Vertretungsbefugnisse oder die Kapitalausstattung einer Austrian Limited, informieren, ohne den englischsprachigen Gesellschaftsvertrag einsehen zu müssen. Schließlich ist zu bedenken, dass im laufenden Geschäftsbetrieb nur in den seltensten Fällen überhaupt Einblick in den Gesellschaftsvertrag des Geschäftspartners genommen wird.

Die zunehmende Internationalität im Gesellschaftsrecht steht auch vermehrt im Fokus der Unionsgesetzgebung. So hat sich etwa auch die Digitalisierungs-RL<sup>73</sup> unter anderem des Problems der bestehenden Sprachbarrieren im Gesellschaftsrecht angenommen. Sie hat sich zum Ziel gesetzt, dass Personen, die (grenzüberschreitend) eine Gesellschaft gründen möchten, bestimmte Informationen über die Verfahren und Anforderungen für die Gründung von Kapitalgesellschaften und die Einreichung von Urkunden in einer Amtssprache der Union zur Verfügung gestellt bekommen sollten, die von einer möglichst großen Zahl grenzüberschreitender Nutzer weitgehend verstanden wird.<sup>74</sup> Die Zulässigkeit von weiteren Sprachen im Gesellschaftsrecht liegt somit auch im internationalen Trend und ist daher wünschenswert, um den Bedürfnissen internationaler Investoren gerecht zu werden. In diesem Sinne wäre es auch wünschenswert, das neue Gesetz über die Austrian Limited auch in englischer Sprache zur Verfügung zu stellen, wie es derzeit zB bereits die Übernahmekommission mit dem Übernahmegesetz macht und das Rechtsinformationssystem des Bundes ([www.ris.bka.gv.at/Englische-Rv/](http://www.ris.bka.gv.at/Englische-Rv/)) mit einer begrenzten Auswahl an Gesetzestexten (s dazu auch die Liste unter [www.ris.bka.gv.at/RisInfo/LawList.pdf](http://www.ris.bka.gv.at/RisInfo/LawList.pdf)).

---

<sup>70</sup> Vgl dazu § 245 Abs 2 Z 5 und § 280 Abs 2 UGB.

<sup>71</sup> *Völkl/Ettmayer* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK UGB<sup>4</sup> § 15 Rz 2.

<sup>72</sup> Vgl nur AB zum FBG 23 BlgNR 23. GP 6 (zu § 2 FBG) und 13 (zu § 12 FBG); *Zib* in *Zib/Dellinger*, UGB § 12 FBG Rz 7.

<sup>73</sup> Richtlinie (EU) 2019/1151 vom 20. Juni 2019 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 im Hinblick auf den Einsatz digitaler Werkzeuge und Verfahren im Gesellschaftsrecht.

<sup>74</sup> Vgl Artikel 13f und Artikel 13h der Richtlinie.

## 3.2 Flexible Anteilsvergabe

### 3.2.1 Bedeutung für Startups bei der Gewinnung von Investoren und qualifizierten Mitarbeitern

Gerade zu Beginn weisen innovative, schnell wachsende Unternehmen einen großen Finanzierungsbedarf auf. Da Startups in dieser Frühphase selbst noch keine Gewinne erwirtschaften, sind gerade in dieser Phase externe Finanzierungen notwendig. Die erforderlichen Mittel können in dieser Frühphase allerdings nahezu unmöglich über klassische Kredite finanziert werden. Deshalb sind Startups von Beginn an in besonderem Maße auf Risikokapital angewiesen. Startups nehmen dieses Risikokapital in den meisten Fällen als Eigenkapital im Rahmen von Kapitalerhöhungen auf. Dazu ist es erforderlich, dass Startups rasch und flexibel über ihre Gesellschaftsanteile verfügen können, um diese bei Bedarf zeitnah an Investoren ausgeben zu können.

Andererseits ist es gerade in der Anfangsphase für Startups sehr wichtig, hochqualifizierte und motivierte Mitarbeiter zu rekrutieren. Startups können jedoch – zumindest am Anfang – regelmäßig keine adäquaten Entgelte anbieten, die mit jenen in größeren Unternehmen mithalten können. Deshalb werden Mitarbeiter, Dienstleister und Organmitglieder (zB Beiräte) von Startups gerne durch Mitarbeiterbeteiligungsmodelle incentiviert, die ihnen bei späteren Dividenden oder einem Exit-Erlös eine gewisse Beteiligung daran sichern. Durch die Beteiligung am Unternehmenserfolg werden auch die Motivation der Mitarbeiter, sich für das Unternehmen einzusetzen, und der Zusammenhalt unter den Mitarbeitern gestärkt. Auch deswegen tragen Incentivierungsprogramme häufig ganz maßgeblich zum Unternehmenserfolg von Startups bei. In der Regel wird durch den Einsatz von Anwachungsbestimmungen, bei denen sich Mitarbeiter die virtuelle Beteiligung über einen längeren Zeitraum verdienen müssen, auch versucht, die Mitarbeiter längerfristig an das Unternehmen zu binden. Auch für die Bedienung von Mitarbeiterbeteiligungsprogrammen ist es essentiell, eine möglichst flexible und einfache Anteilsvergabe sicherzustellen.

### 3.2.2 Handlungsbedarf für die Austrian Limited

Um die in Kapitel 2.5 aufgezeigten diesbezüglichen Schwächen der bestehenden Kapitalgesellschaftsformen bei der Austrian Limited zu adressieren, soll die Anteilsvergabe bei der Austrian Limited möglichst unbürokratisch und flexibel möglich sein.

Für die Beteiligung von Investoren ist es daher erforderlich, Kapitalerhöhungen rasch und ohne überbordende Formvorschriften durchführen zu können. So muss einerseits sichergestellt werden, dass das Fassen von Kapitalerhöhungsbeschlüssen auch im Umlaufwege ermöglicht wird (siehe dazu Punkt 5.3.3) und Vorratsbeschlüsse durch die Einführung eines genehmigten Kapitals gefasst werden können. Andererseits sollten auch zusätzliche Finanzierungsformen, etwa mezzanine Finanzierungsinstrumente, die mit einem Bezugs- oder Wandlungsrecht eine Beteiligung am Unternehmen vermitteln (Wandeldarlehen, Wandeloptionen, etc), für Startups geöffnet und deren Begebung vereinfacht werden (siehe dazu Punkt 5.10). All das sollte – um Zeit- und Kosten zu sparen – ohne zusätzliche Formerfordernisse möglich sein.

Bei der Beteiligung von Mitarbeitern ist in der Praxis meist eine rein wirtschaftliche Beteiligung ohne gesellschaftsrechtliche Mitsprachrechte (wie zB Stimmrechte) gewünscht. Deshalb scheidet eine direkte Beteiligung durch Kapitalerhöhungen oder Abtretungen bei der GmbH oft schon aus.<sup>75</sup> Darüber hinaus fallen durch die bestehenden Formvorschriften bei der GmbH durch eine direkte Beteiligung an der Gesellschaft hohe Kosten an. Zu berücksichtigen ist auch, dass neu aufgenommene (Minderheits-)Gesellschafter auch einem allfälligen Syndikatsvertrag beitreten müssten. Zusätzlich wird durch eine hohe Zahl von Gesellschaftern die laufende Administration der Gesellschaft erschwert.<sup>76</sup>

Für die Austrian Limited wäre daher die Einführung verschiedener Anteilklassen wünschenswert, um an Mitarbeiter insbesondere auch Anteile ohne Stimmrechte ausgeben zu können (siehe dazu Kapitel 5.8.2). Darüber hinaus sollte es bei der Austrian Limited auch möglich sein, neben dem genehmigten Kapital auch ein bedingtes oder ein genehmigtes bedingtes Kapital zu schaffen, mit dem Bezugsrechte aus Incentivierungsprogrammen bedient werden könnten (siehe dazu Kapitel 5.6.2).

Zusätzlich sollten auch die steuer- und sozialversicherungsrechtlichen Hemmnisse abgebaut werden, die die Attraktivität von Incentivierungsprogrammen beeinträchtigen. Dafür ist es notwendig, klarzustellen, dass (i) die Ausgabe von virtuellen Anteilen oder stimmrechtslosen Anteilen an Mitarbeiter, Dienstleister und Organmitglieder (zB Beiräte) im Zeitpunkt der Einräumung keine Steuerpflicht auslöst und (ii) spätere Dividenden und Exit-Erlöse aus solchen Anteilen nicht dem progressiven Einkommensteuersatz, sondern als Kapitalerträge der Kapitalertragsteuer unterliegen.

---

<sup>75</sup> Siehe nur § 39 Abs 2 GmbHG und dazu *Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 39 Rz 12 mwN.

<sup>76</sup> *Geweßler/Steinhart*, Incentivierungsprogramme bei Start-Ups, SWK-Spezial Einkommensteuer 2019, 162 (163).

Eine attraktivere Möglichkeit zur (wirtschaftlichen) Beteiligung von Mitarbeitern<sup>77</sup> und Investoren ist ein ganz entscheidender Baustein zur Förderung österreichischer Startups. Er würde ihnen bessere Chancen im internationalen Wettbewerb um die besten Talente geben und damit auch die Attraktivität österreichischer Startups für (internationale) Investoren erhöhen. Wenn im Sinne des Regierungsprogramms eine international wettbewerbsfähige Option geboten werden soll, sollte die flexible Anteilsvergabe für die Incentivierung von Mitarbeitern durch eine (wirtschaftliche) Beteiligung und eine Vereinfachung von Kapitalerhöhungen für die Beteiligung von Finanzinvestoren im Zuge der Schaffung der neuen Gesellschaftsform unbedingt berücksichtigt werden.

### 3.3 Wahrung österreichischer Standards: Identitätsfeststellung durch qualifizierte Personen

Die unbürokratische Gründung sollte nicht nur durch das bereits erwähnte Abstreichen von den Formpflichten der GmbH und der Möglichkeit, den gesamten Gründungsprozess vollständig digital abzuwickeln, verwirklicht werden. Vielmehr sollte zudem dem Firmenbuch keine Pflicht zur Prüfung der eingereichten Unterlagen auferlegt werden (vgl dazu Punkt 5.1.1.b.). Um dennoch österreichische Standards zu wahren, namentlich die Publizitäts- und die Gutgläubenswirkung als wesentliche Funktionen des Firmenbuchs<sup>78</sup> auch für die Austrian Limited zu erhalten und um Missbrauch vorzubeugen, sollten qualifizierte Personen die Identität der Gründer im Zuge der Gründung prüfen. Eine solche Prüfung der Identität wird aufgrund zahlreicher gesetzlicher Vorgaben im Gründungsprozess in der Praxis schon heute von mehreren beteiligten Akteuren vorgenommen. So prüft nicht nur die Bank im Zuge der Kontoeröffnung die Identität, sondern auch der Notar und allenfalls mit der Vertragserstellung beauftragte Rechtsanwälte prüfen die Identität aufgrund der ihnen jeweils auferlegten gesetzlichen Verpflichtungen (insbesondere im Rahmen von Geldwäscheprüfungen).

Nach dem Vorbild des § 9a GmbHG, mit dem die vereinfachte Gründung der GmbH eingeführt wurde, könnte die Identitätsprüfung im Rahmen der Gründung an das Kreditinstitut, das mit der Kontoerstellung beauftragt ist, ausgelagert werden. Dieses hat eine Identitätsprüfung ohnehin aufgrund der geltenden Gesetze zur Verhinderung von Geldwäsche vorzunehmen. Die Identitätsfeststellung sollte somit vom Kreditinstitut anlässlich der Einzahlung der Stammeinlage<sup>79</sup> vorgenommen werden. Der Gesetzgeber wollte bei

---

<sup>77</sup> Siehe dazu auch die Austrian Startup Agenda S. 9 abrufbar unter <https://www.austrianstartups.com/wp-content/uploads/2017/09/AustrianStartupAgenda.pdf>

<sup>78</sup> Siehe dazu *Bormann/Stelmaszczyk*, Strukturen des Gesellschaftsrechts im internationalen Vergleich, in FS Bittner (2018) 13 (22).

<sup>79</sup> Vgl dazu § 9a Abs 6 GmbHG.

Einführung dieser Bestimmungen ausdrücklich keine Ersatzbeglaubigung durch die Bank schaffen, sondern explizit an die bereits bestehenden bankrechtlichen Verpflichtungen anknüpfen.<sup>80</sup> Anders als im Anwendungsbereich der vereinfachten GmbH-Gründung sollte die Identitätsprüfung allerdings nicht auf die persönliche Vorlage eines amtlichen Lichtbildausweises eingeschränkt sein.<sup>81</sup> Sie sollte jedenfalls auch auf digitalem Wege – etwa durch ein Online-Identifikationsverfahren im Rahmen eines videogestützten elektronischen Verfahrens<sup>82</sup> – vorgenommen werden können.

In der Praxis bereitet die Identitätsfeststellung bzw insbesondere der Nachweis der Vertretungsbefugnis bei ausländischen juristischen Personen als Gesellschafter immer wieder erheblichen Aufwand. Wenngleich das Business Register Interconnection System (BRIS)<sup>83</sup> gewisse Erleichterungen erhoffen lässt, könnte schon jetzt zur Unterstützung der in der Praxis für das Kreditinstitut oft schwierigen Prüfung vorgesehen werden, dass die Identität (samt Prüfung der Vertretungsbefugnis) bei ausländischen juristischen Personen auch durch qualifizierte Personen bestätigt werden kann. In Frage kommen insbesondere Rechtsanwälte und Notare, die in der Praxis auch jetzt schon mit diesen Aufgaben vor Einreichung der Unterlagen beim Firmenbuch betraut sind. Liegt eine Bestätigung über die Prüfung der Identität durch ein Kreditinstitut (allenfalls mit Unterstützung durch einen Rechtsanwalt oder Notar) vor, hat das Firmenbuchgericht die Identität und Vertretungsbefugnis der Gründer nicht weiter zu prüfen. Das würde nicht nur die österreichischen Firmenbuchgerichte entlasten, sondern auch eine raschere Gründung der neuen Kapitalgesellschaftsform in Österreich ermöglichen.

---

<sup>80</sup> ErläutRV 1457 BlgNR 25. GP 15.

<sup>81</sup> Potyka in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 9a Rz 47.

<sup>82</sup> Vgl § 6 Abs 4 Z 1 FM-GwG.

<sup>83</sup> S dazu weiterführend unter <https://ec.europa.eu/cefdigital/wiki/display/CEFDIGITAL/2017/09/19/Business+Register+Interconnection+System>.

## 4 Regelungenanliegen im Spannungsverhältnis zwischen Vereinfachung, Transparenz, Gläubigerschutz und materieller Gerechtigkeit im Gesellschaftsverhältnis

Das vorliegende Gutachten beabsichtigt, die Zielvorgaben für die neue Kapitalgesellschaftsform, insbesondere das Anliegen der Vereinfachung der Vorschriften, mit dem Gebot des Beibehaltens ausreichender Transparenz, dem Gebot des Gläubigerschutzes und auch dem Gebot der materiellen Gerechtigkeit im Gesellschaftsverhältnis in Einklang zu bringen. Mithin sollen unnötige Hürden und Bürokratisme vermieden, zugleich aber ein adäquates Schutzniveau – sowohl für die Gesellschafter als auch für die Gläubiger und den Rechtsverkehr – sichergestellt werden. Dabei soll „das Rad nicht neu erfunden“, mithin eine Kapitalgesellschaftsform vorgeschlagen werden, die in jeder Hinsicht neu ist. Vielmehr versucht dieses Gutachten, Rechtsbestand, soweit er sich bewährt hat, zu übernehmen und dessen Unzukömmlichkeiten oder Verbesserungsmöglichkeiten unter Beachtung auf die Anliegen des Regierungsprogramms 2020 – 2024 und die speziell bei innovativen sowie stark wachsenden Unternehmen herrschenden Bedürfnisse aufzuzeigen. Deshalb nimmt das Konzept für die neue Kapitalgesellschaftsform manche Anleihen aus dem GmbH-Recht, aus dem Aktienrecht, aus dem Recht der Europäischen Gesellschaft, aber auch aus dem Personengesellschaftsrecht. Ferner nimmt dieses Gutachten Anleihen aus ausländischem Gesellschaftsrecht, sofern dies aufgabenadäquat scheint. Dass die Zielvorgaben des Regierungsprogramms 2020 – 2024, wie sie bereits wiedergegeben wurden, gerade durch eine Synthese unterschiedlicher Regelungen des Gesellschaftsrechts erreicht werden, eröffnet dem Rechtsanwender die Möglichkeit, auf vorhandene Rechtsprechung zurückzugreifen. Dadurch hat der Rechtsanwender auch bei einer neuen Gesellschaftsform mehr Rechtssicherheit. Diese Rechtssicherheit soll dazu beitragen, von vornherein die Akzeptanz der neuen Kapitalgesellschaftsform im Wirtschaftsleben zu erhöhen und ihre praktische Handhabung zu erleichtern. Außerdem ermöglicht die Orientierung an vorhandenen Regelungen die einfachere Anpassung in Fällen des Wechsels von einer Gesellschaftsform in die andere.

Die angestrebte Rechtssicherheit spricht auch dagegen, den vorliegenden Entwurf für die neue Kapitalgesellschaftsform am European Model Company Act („EMCA“) zu orientieren.<sup>84</sup> Der EMCA wurde als eigenständiges allgemeines Gesellschaftsstatut konzipiert, das von den EU-Mitgliedstaaten entweder im Wesentlichen in seiner Gesamtheit oder durch

---

<sup>84</sup> Abrufbar unter: <https://law.au.dk/en/research/projects/european-model-company-act-emca/>

die Verabschiedung ausgewählter Bestimmungen in Kraft gesetzt werden kann. Die angestrebte Rechtssicherheit spricht gegen eine Orientierung am EMCA, weil die Verschmelzung der Gesellschaftsrechte verschiedener europäischer Staaten im EMCA zahlreiche Auslegungsfragen aufwirft, mit denen eine neue Gesellschaftsform nicht belastet werden sollte, wenn sie von Beginn an eine praxistaugliche Alternative zu den vorhandenen Gesellschaftsformen bieten soll. Außerdem spricht gegen eine Orientierung am EMCA, dass der EMCA nicht auf die spezifischen Bedürfnisse von Startups zugeschnitten wurde. Die neue Kapitalgesellschaft soll nach den Vorgaben des Regierungsprogramms 2020 – 2024 aber gerade auf innovative Startups und Gründer in ihrer Frühphase zugeschnitten werden, um diesen eine international wettbewerbsfähige Option zu bieten.

Schließlich dürfen beim Konzept einer neuen Kapitalgesellschaftsform freilich die Stakeholder, Arbeitnehmer und öffentliche Institutionen, wie zum Beispiel Finanzbehörden und Sozialversicherungsträger, nicht vergessen werden. In Bezug auf letztere geht das Gutachten allerdings davon aus, dass an den bisherigen Standards des Individual- und Kollektivarbeitsrechts festgehalten wird, ebenso wie die Pflichten der Geschäftsführungsorgane, die sich aus dem Steuer- und Sozialversicherungsrecht und dem Öffentlichen Recht ergeben, uneingeschränkt anwendbar bleiben. Das Gutachten geht außerdem davon aus, dass sich das Gesetz über die neue Kapitalgesellschaftsform im Wesentlichen auf organisatorische Regelungen der neuen Rechtsform, auf das Verhältnis der Gesellschafter zueinander sowie zur Gesellschaft, auf die Corporate Governance und auf Fragen der Gestaltung eines angemessenen Gläubigerschutzregimes beschränken, somit kapitalmarktrechtliche Aspekte im weitesten Sinn ausklammern kann, weil die Anliegen des Schutzes von Anlegern aus dem (Kapital-) Gesellschaftsrecht längst herausgenommen und sondergesetzlich geregelt worden sind (man denke beispielsweise nur an das Börsengesetz 2018<sup>85</sup>, das Wertpapieraufsichtsgesetz 2018<sup>86</sup>, das Investmentfondsgesetz<sup>87</sup>, das Immobilieninvestmentfondsgesetz<sup>88</sup>, das Alternativfinanzierungsgesetz<sup>89</sup> und das Kapitalmarktgesetz 2019<sup>90, 91</sup>).

---

<sup>85</sup> BGBl I 107/2017.

<sup>86</sup> BGBl I 107/2017.

<sup>87</sup> BGBl I 77/2011.

<sup>88</sup> BGBl I 80/2003.

<sup>89</sup> BGBl I 114/2015.

<sup>90</sup> BGBl I 62/2019.

<sup>91</sup> J. Reich-Rohrwig, Crowdfunding und andere Formen der Unternehmensfinanzierung, *ecolex* 2020, 4 ff; Mark/Wagner, Die neue EU-Prospektverordnung: Die wichtigsten Änderungen im Prospektregime, *ecolex* 2020, 7 ff.

# 5 Konzept der neuen Kapitalgesellschaft „Austrian Limited“ – Organisationsstruktur

## 5.1 Erster Abschnitt: Allgemeine Vorschriften, Gründung

Der erste Gesetzes-Abschnitt über die allgemeinen Vorschriften und die Gründung der Austrian Limited sollte in einer Synthese der §§ 1 bis 12 und 61 GmbHG und der §§ 1 bis 14, 16 bis 44 sowie § 47a AktG bestehen. Danach sollte zum Ausdruck gebracht werden, dass die Austrian Limited eine Kapitalgesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit ist, für deren Verbindlichkeiten den Gläubigern gegenüber nur das Gesellschaftsvermögen haftet (unbeschadet der Vorschriften über die Kapitalaufbringung und das Verbot der Einlagenrückgewähr sowie die Haftung der Geschäftsführer für schuldhafte Pflichtverletzungen). Weiters sollte klargestellt werden, dass die Austrian Limited dem Vorbild von GmbH und AG folgend auch als Einpersonengesellschaft gegründet werden kann. Dadurch würde die Austrian Limited im Übrigen in einem solchen Maß gegenüber ihren Mitgliedern losgelöst, dass sie als juristische Person einzuordnen ist.<sup>92</sup>

Das Gesetz sollte erwähnen, dass für die Gestaltung des Gesellschaftsvertrags grundsätzlich Vertragsfreiheit besteht, wobei die verunglückte Formulierung des § 4 Abs 2 GmbHG zu vermeiden ist.<sup>93</sup> Zum Prinzip der Vertragsfreiheit gehört es, dass nur solche Regelungen des Gesellschaftsvertrags unzulässig und nichtig sind, die den guten Sitten oder dem zwingenden Recht – etwa dem „Wesen der Gesellschaft“ oder den Gläubigerschutz- oder Minderheitenschutz-bestimmungen widersprechen.<sup>94</sup>

Für das Verhältnis der Gesellschafter untereinander sollte außerdem die Geltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes (s § 1186 Abs 2 ABGB und § 47a AktG) und der Treuepflichten (s § 1186 Abs 1 ABGB und § 112 Abs 1 UGB) klargestellt werden. Als allgemeinen Grundsatz, der die Sauberkeit der Willensbildung innerhalb der jeweiligen Organe sicherstellen soll, sollte die Verpflichtung aller Gesellschafter und Organmitglieder niedergelegt werden, Interessenkollisionen, denen sie bei der Willensbildung oder bei der Ausführung von Beschlüssen und Entscheidungen unterliegen oder unterliegen könnten, im Vorhinein offenzulegen.<sup>95</sup>

---

<sup>92</sup> Vgl *U. Torggler*, Gesellschaftsrecht AT und Personengesellschaften (2013) 22.

<sup>93</sup> Siehe dazu *U. Torggler*, Gestaltungsfreiheit bei der GmbH, GesRZ 2010, 185 ff.

<sup>94</sup> *U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 4 Rz 8 ff.

<sup>95</sup> Vgl OGH 6 Ob 28/08y GesRZ 2008, 304 (*Schmidt*); 6 Ob 196/14p GesRZ 2015, 326 (*Kalss*) = Zfs 2015, 270 (*Gordon*); 6 Ob 79/15h RdW 2016, 108 unter Berufung auf *J. Reich-Rohrwig/Cl. Grossmayer/K. Grossmayer/Zimmermann* in *Artmann/Karollus*, AktG<sup>6</sup> Rz 242, 251.

### 5.1.1 Gründung der Gesellschaft

Die Gründung einer Kapitalgesellschaft in Österreich vollzieht sich in mehreren Schritten. Die beiden zentralen Schritte sind die Errichtung (= Abschluss des Gesellschaftsvertrags) und die Entstehung der Kapitalgesellschaft (= Eintragung im Firmenbuch).<sup>96</sup> Die Bildung der Austrian Limited setzt selbstverständlich jedenfalls ihre Errichtung, also den Abschluss des Gesellschaftsvertrags und sodann ihre Eintragung in das Firmenbuch als öffentliches Register voraus. Auf diese Weise werden die notwendige Publizität und Transparenz, die der Rechts- und Geschäftsverkehr bei rechtsfähigen Gebilden benötigt (s auch § 8 UGB)<sup>97</sup> hergestellt und es wird der unionsrechtlichen Vorgabe entsprochen.

#### a) Form des Gesellschaftsvertrags

Bei der Errichtung stellt sich zunächst die Frage, in welcher Form der Gesellschaftsvertrag – bei der ebenfalls zulässigen Ein-Personen-Gründung<sup>98</sup> die „Errichtungserklärung“ – abgeschlossen werden muss. Im Sinne des bereits unter Punkt 3.1.1 Gesagten, und um den Bedürfnissen internationaler Investoren sowie von Startups gerecht zu werden, sollte keine Formpflicht für den Abschluss des Gesellschaftsvertrags der Austrian Limited bestehen. Vielmehr sollte der Gesellschaftsvertrag in einfacher Schriftform – somit auch unter Verwendung elektronischer Signaturprogramme – abgeschlossen werden können.

#### b) Vorlage des Gesellschaftsvertrags beim Firmenbuch

Aus unionsrechtlichen Gründen ist der Gesellschaftsvertrag der Austrian Limited zum Firmenbuch einzureichen.<sup>99</sup> Zu überlegen ist, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang das Firmenbuch berechtigt oder sogar verpflichtet werden soll, den Gesellschaftsvertrag einer förmlichen und einer inhaltlichen Prüfung zu unterziehen:

Gegen eine Überprüfungsmöglichkeit durch das Firmenbuchgericht spricht, dass es dem Firmenbuchgericht eine entbehrliche Arbeit auflastet, weil gesetzwidrige Vertragsbestimmungen ohnedies keine Gültigkeit erlangen, selbst wenn sie vom Firmenbuchgericht unbeanstandet bleiben.<sup>100</sup> Insofern könnte man die materielle Überprüfung des Gesellschaftsvertrags durch das Firmenbuchgericht als „Fleißaufgabe“ betrachten, die aber nicht unbedingt notwendig ist und daher im Übrigen auch jetzt schon bei der GmbH & Co KG unterbleibt. Für das Unterbleiben der Prüfung durch das Firmenbuchgericht spricht

---

<sup>96</sup> Statt aller nur *U. Torggler*, Gesellschaftsrecht AT und Personengesellschaften (2013) 190 f.

<sup>97</sup> ErlRV 270 BlgNR 25. GP 7.

<sup>98</sup> S auch schon § 3 Abs 2 GmbHG; § 2 Abs 2 AktG; anders § 1175 ABGB und § 105 UGB.

<sup>99</sup> Siehe schon die Ausführungen oben zu Punkt 2.7.4.

<sup>100</sup> OGH 6 Ob 122/99f ecolex 2000, 725; 6 Ob 19/93 ZfRV 1995, 72; 6 Ob 7/94 wbl 1994, 380; 6 Ob 79/69 NZ 1970, 74; *Feltl/Aicher* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 4 Rz 68; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 4 Rz 27; *J. Reich-Rohrwig*, Das österreichische GmbH-Recht in systematischer Darstellung<sup>2</sup> (1996) Rz 1/712.

auch, dass dadurch uneinheitliche Firmenbuchpraxen hintangehalten werden. Diesen begegnet die Beratungspraxis bei den vorhandenen Gesellschaftsformen mitunter sogar durch Umfirmierung, um die Zuständigkeit bestimmter Firmenbuchrichter/Rechtspfleger zu vermeiden bzw herbeizuführen. Dieser missbilligenswerte Zustand sollte für die neue Kapitalgesellschaftsform nicht prolongiert werden.

Für die Überprüfung des Gesellschaftsvertrags durch das Firmenbuchgericht könnte ins Treffen geführt werden, dass auf diese Weise Regelungen, die der Rechtsordnung widersprechen, eher aufgefunden und unterbunden werden – seien es Regelungen, die das Innenverhältnis der Gesellschafter zueinander betreffen, seien es solche, die zwingenden im Gläubigerinteresse aufgestellten Vorschriften widersprechen oder Regelungen, die gegen Öffentliches Recht (zB Kartellrecht) verstoßen. Nachdem die Rechtsordnung aber auch sonst nicht vorsieht, dass jedweder Vertrag, den Gesellschafter und/oder sonst am Wirtschaftsleben Beteiligte abschließen, wie zum Beispiel Syndikatsverträge (siehe §§ 1175 ff ABGB), Kauf- und Werkverträge, Lizenzverträge, Kooperationsverträge, und andere Ziel- oder Dauerschuldverhältnisse, einer Vorweg-Inhaltsprüfung durch die Gerichte zu unterziehen sind, hat der Schutz- oder Rechtsfürsorge-Gedanke für eine nicht börsennotierte Gesellschaftsform nur verhältnismäßig geringes Gewicht. Die Vorweg-Inhaltskontrolle des Gesellschaftsvertrags einer Austrian Limited könnte daher wohl als entbehrlich angesehen werden. Erst dann, wenn die Austrian Limited die Börsennotierung anstrebt und daher in eine Aktiengesellschaft umgewandelt wird, muss der Kapitalmarkt von materiell unrichtigen Regelungen der Satzung geschützt werden. Erst dann erreichen gesetzeswidrige Satzungsbestimmungen nämlich eine Dimension, die volkswirtschaftlich so bedeutend ist, dass sie ein Vorweg-Einschreiten durch Firmenbuchgerichte nahelegen.

Hinzuweisen ist auch noch auf die Regelung zur deutschen GmbH (§ 9c dGmbHG): Dort wird die Prüfungspflicht des Registergerichts – was gesetzeswidrige Vertragsbestimmungen des Gesellschaftsvertrags betrifft – im Wesentlichen auf solche Gesellschaftsvertragsregelungen eingeschränkt, die Vorschriften verletzen, die ausschließlich oder überwiegend zum Schutz der Gläubiger der Gesellschaft und aus sonstigen öffentlichen Interessen gegeben sind oder die die Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrags zur Folge haben. Darin zeigt sich, dass der Gesetzgeber das Registergericht (Deutschland) nicht zum Handlanger gesetzeswidriger Vorgänge machen will. Umgekehrt spielen allerdings Vertragsbestimmungen, die Gläubigerschutzvorschriften oder sonst im öffentlichen Interesse aufgestellte Vorschriften verletzen, in der bisherigen Fallpraxis eine völlig untergeordnete Rolle.

Ein wichtiger Gesichtspunkt, auf den bei der Beantwortung der aufgeworfenen Frage Bedacht zu nehmen ist, ist Folgender: Der Gesellschaftsvertrag soll in englischer Sprache errichtet werden können, um der Zielvorgabe des Regierungsprogramms 2020 – 2024,

Englisch als Amtssprache der neuen Kapitalgesellschaftsform zu etablieren,<sup>101</sup> zu entsprechen. Englisch ist jedoch (noch) keine Amtssprache, die bei Firmenbuch-Richtern und Rechtspflegern ohne weiteres vorausgesetzt werden kann. Österreichische Behörden sind allerdings auch vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlich verankerten Amtssprache Deutsch<sup>102</sup> grundsätzlich nicht daran gehindert, auf entsprechender gesetzlicher Basis auch fremdsprachige Urkunden zu prüfen. So können bei der Finanzmarktaufsicht etwa auch englischsprachige Kapitalmarktprospekte geprüft und gebilligt werden.<sup>103</sup> Macht man aber dem Firmenbuchgericht die inhaltliche Prüfung des fremdsprachigen Gesellschaftsvertrags zur Pflicht, ist sicherzustellen, dass die Justiz über entsprechend viele fremdsprachenkundige Richter/Rechtspfleger verfügt, um die gebotene schnelle Überprüfung der Gesellschaftsverträge/Errichtungserklärungen zu gewährleisten. Denkbar wäre auch, dass für fremdsprachige Gesellschaftsverträge/Errichtungserklärungen die zentrale Zuständigkeit eines Gerichts (zB des Handelsgerichts Wien) begründet wird, das über mehrere fremdsprachenkundige Richter und Rechtspfleger verfügt und dieses Gericht für die Registrierung solcher Gesellschaften unabhängig davon, wo sich ihr Sitz befindet, zuständig ist. Eine ähnliche, wenngleich nicht ganz so weit gehende Regelung gibt es beim Landesgericht Frankfurt am Main mit der „Kammer für Internationale Handels-sachen“<sup>104</sup>, die Gerichtsverfahren in englischer Sprache führt.

Festzuhalten bleibt daher: Unzukömmlichkeiten/zeitliche Verzögerungen, die sich aus der Zulassung fremdsprachiger Gesellschaftsverträge/Errichtungserklärungen bei materieller Prüfung durch das zuständige Firmenbuchgericht zwangsläufig ergeben werden, lassen sich freilich von vornherein nur durch ein generelles Abstandnehmen von einer inhaltlichen Prüfung des Gesellschaftsvertrags der Austrian Limited durch das Firmenbuchgericht vermeiden. Das Abstandnehmen von einer gerichtlichen Prüfung des Gesellschaftsvertrags entlastet außerdem die Gerichte von einer Fleißaufgabe, die selbst wenn die Unzulässigkeit eine Regelung unentdeckt bleibt, nicht deren Wirksamkeit zur Folge haben kann.

---

<sup>101</sup> Aus Verantwortung für Österreich, Regierungsprogramm 2020 - 2024, Seite 89 (abrufbar unter <https://www.bundeskanzleramt.gv.at/bundeskanzleramt/die-bundesregierung/regierungs-dokumente.html>).

<sup>102</sup> Vgl Artikel 8 B-VG.

<sup>103</sup> Siehe § 5 Abs 2 KMG, der die Erstellung eines Prospekts in deutscher oder englischer Sprache vorsieht. Die Verordnung der Finanzmarktaufsichtsbehörde (FMA) über die Mindestinhalte von Prospekten ersetzenden Dokumenten, über die Veröffentlichung von Prospekten in Zeitungen und über die Sprachenregelung 2019 sieht in § 5 vor, dass anerkannte Sprachen von Kapitalmarktprospekten Deutsch und Englisch sind. Damit wird die Grundlage für die Prüfung englischsprachiger Dokumente bei der FMA gelegt.

<sup>104</sup> [www.ordentliche-gerichtsbarkeit.hessen.de](http://www.ordentliche-gerichtsbarkeit.hessen.de).

c) Sprache des Gesellschaftsvertrags

Bei der Austrian Limited sollte der Gesellschaftsvertrag (nur) in einer Fremdsprache (insbesondere der englischen Sprache) abgefasst werden können. Andere Sprachen (neben der deutschen zumindest die englische Sprache) sollten jedoch nicht nur für das Abfassen des Gesellschaftsvertrags der Austrian Limited zugelassen werden, sondern auch für Beschlussfassungen, die Rechnungslegung und die gesamte Kommunikation zwischen den Gesellschaftern sowie den Organen der Gesellschaft (siehe dazu bereits Punkt 3.1.3).

d) Eintragung der Gesellschafter in das Firmenbuch vs Anteilsbuch

Ferner stellt sich die Frage, ob auch die Gesellschafter der Austrian Limited im Firmenbuch eingetragen werden sollen. Oder soll – wie dies bei Aktiengesellschaften, der SE und bei Genossenschaften der Fall ist – die Eintragung der Gesellschafter der Austrian Limited im Firmenbuch unterbleiben und sollen sie lediglich in einem Gesellschafter-Register<sup>105</sup>, das die Gesellschaft führt und das wir in Anlehnung an das auch früher bei der GmbH vorhandene Register als „Anteilsbuch“ bezeichnen<sup>106</sup>, einzutragen sein?

Unionsrechtlich besteht keine Verpflichtung, die Gesellschafter der Austrian Limited namentlich in das Firmenbuch einzutragen; ausgenommen ist ein allfälliger Alleingesellschafter, der einzutragen wäre.

Die Antwort auf die Frage, ob die Gesellschafter der Austrian Limited in das Firmenbuch eingetragen werden sollten oder nicht, hängt maßgeblich davon ab, wie man die Argumente gewichtet und Prioritäten setzt:

Bei Nicht-Eintragung der Gesellschafter im Firmenbuch sind sowohl die Gründung als auch jeder Gesellschafterwechsel einfacher und kostengünstiger zu vollziehen, sodass den beiden Anliegen des Regierungsprogramms 2020 – 2024 – unbürokratische Gründung und flexible Anteilsvergabe mit minimalen Behördenwegen – Rechnung getragen ist. Zudem wird man ein gerechtfertigtes Interesse, zu erfahren, wer Gesellschafter der Austrian Limited ist, in jenen Fällen, in denen der Betreffende nicht im Wirtschaftlichen Eigentümerregister (Register der wirtschaftlichen Eigentümer gemäß WiEReG) einzutragen ist, wohl verneinen müssen.<sup>107</sup> Ist der Gesellschafter aber im Wirtschaftlichen Eigentümerregister eingetragen, kann man die Öffentlichkeit getrost darauf verweisen, dort Einsicht zu nehmen. Zudem wäre nicht recht verständlich, wenn man bei Aktiengesellschaften die Nicht-Eintragung von Aktionären (ausgenommen den Alleinaktionär gemäß

---

<sup>105</sup> Aktienbuch gemäß § 61 AktG; bei der Genossenschaft das Mitgliederregister gemäß § 14 GenG.

<sup>106</sup> §§ 26 und 78 Abs 1 GmbHG aF.

<sup>107</sup> Siehe dazu Punkt 6.

§ 35 AktG) als gesetzgeberisches Regelungskonzept ohne Weiteres zulässt, bei der Austrian Limited hingegen das genaue Gegenteil verlangen würde. Letztlich ist auch ein berechtigtes Interesse von Investoren an der Vertraulichkeit, dass sie am betreffenden Unternehmen als Gesellschafter beteiligt sind, anzuerkennen. Andernfalls würde man Investoren, die auf ihre Anonymität Wert legen, dazu zwingen, einen Umweg durch das Einschalten von Treuhändern einzuschlagen. Das ist aber weder im Sinne der angestrebten Entbürokratisierung noch Flexibilisierung.

Als Argument für die Eintragung der Gesellschafter der Austrian Limited in das Firmenbuch würden wohl nur zwei Gründe sprechen: Einerseits, dass die Allgemeinheit erfährt, wer an der Gesellschaft beteiligt ist (s dazu aber bereits oben), ohne allerdings daraus Haftungskonsequenzen ableiten zu können, weil es sich ja um eine Rechtsform mit beschränkter Gesellschafterhaftung handelt. Andererseits würde dem Firmenbuchgericht die Erhebung des aktuellen Standes der Gesellschafter erleichtert werden, etwa wenn es um die Eintragung oder Löschung von Geschäftsführungsorganen geht und das Gericht kontrolliert, ob alle Gesellschafter geladen waren und den Gesellschafterbeschluss gefasst haben. Der Stand des Firmenbuchs in Bezug auf die Gesellschafter ist allerdings nicht zwingend richtig, und die Rechtsprechung trägt zur fehlenden Richtigkeitsgewähr noch bei, indem sie die Parteistellung und die Rechtsmittellegitimation von Gesellschaftern in Bezug auf Anteilsüberträge durch andere Personen verneint,<sup>108</sup> sodass etwa die Unwirksamkeit einer gegen ein gesellschaftsvertragliches Vorkaufsrecht verstoßenden Anteilsübertragung<sup>109</sup> unbeachtet bleibt und der vermeintliche Erwerber dennoch als neuer Gesellschafter in das Firmenbuch eingetragen wird. Die Notwendigkeit der Eintragung der Gesellschafter einer Austrian Limited in das Firmenbuch ist daher tatsächlich zu bezweifeln, und ihre Eintragung im Firmenbuch leistet nicht das, was sie zu versprechen scheint.<sup>110</sup>

Hinzuweisen ist allerdings darauf, dass die Gefahr eines Missbrauchs, dass der Geschäftsführer etwa, falls er seine Abberufung befürchtet, das Anteilsbuch noch rasch inhaltlich verändert – also „verfälscht“ – oder „verschwinden lässt“ – also „unterdrückt“<sup>111</sup> – und dadurch die Rechtsverfolgung gegen ihn erschwert oder verunmöglicht, größer, als bei

---

<sup>108</sup> In diesem Sinne OGH 6 Ob 163/19t wbl 2020, 410 uva.

<sup>109</sup> RIS-Justiz RS0020381; OGH 8 Ob 631/90 RdW 1992, 339; 1 Ob 8/00h RdW 2000, 419; 6 Ob 205/04x ecolex 2005, 772; *Rauter in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 76 Rz 126; *Aicher in Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 1073 Rz 3.

<sup>110</sup> Dies gilt übrigens auch insofern, als ein gutgläubiger Erwerb eines GmbH-Geschäftsanteils vom Nichtberechtigten nicht möglich ist (OGH 4 Ob 588/71 SZ 44/125; 3 Ob 186/94 RdW 1996, 360; RIS-Justiz RS0010879), uzw auch dann, wenn der Veräußerer zu Unrecht im Firmenbuch aufscheint (*Rauter in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 76 Rz 43 mwN).

<sup>111</sup> Zu den Urkundendelikten siehe §§ 223 und 229 StGB.

einer laufenden Aktualisierung des Gesellschafterstands im Firmenbuch<sup>112</sup>, wemgleich auch in letzterem Fall – wie gezeigt – oder auch sonst<sup>113</sup> Unrichtigkeiten auftreten können. Auch diese Gefahr kann aber begegnet werden. So behilft sich die Praxis etwa bei Gesellschaften, denen zahlreiche Gesellschafter oder Treugeber-Gesellschafter angehören, damit, die Anteilsregister von dem (ständigen) Rechtsberater der Gesellschaft führen und aktuell halten zu lassen.<sup>114</sup>

Die Lösung der Frage, ob Gesellschafter nur in ein vom Geschäftsführer zu führendes Anteilsbuch oder in das Firmenbuch einzutragen sind, hängt demnach von konzeptionellen Überlegungen ab.

Entscheidet man sich für das Anteilsbuch, könnte man zugleich regeln, dass außenstehende Personen, die ein näher zu definierendes rechtliches Interesse haben, Anspruch auf Einsicht in das Anteilsbuch haben. Eine entsprechende Regelung fehlt übrigens derzeit für das Aktienbuch bei der AG und das Register der Genossenschafter bei der Genossenschaft.

#### e) Mindestnennkapital im Ländervergleich

In zahlreichen europäischen Staaten wurde die Gründung von Kapitalgesellschaften durch geringere Anforderungen an das Mindeststammkapital erleichtert. Selbst in Deutschland wurde im Jahr 2008<sup>115</sup> durch die Einführung der „Unternehmergesellschaft (UG) (haftungsbeschränkt)“ die Gründung einer hybriden GmbH mit einem Nennkapital von nur einem Euro (!) ermöglicht. Aber auch in der weit überwiegenden Zahl anderer Staaten ist das Stammkapital von Gesellschaften mit beschränkter Gesellschafterhaftung

---

<sup>112</sup> Allerdings kann der Geschäftsführer auch durch inhaltlich unrichtige Eingaben an das Firmenbuchgericht einen unrichtigen Stand des Firmenbuchs herbeiführen.

<sup>113</sup> Etwa wenn dem Geschäftsführer ein gefälschter oder aus sonstigen Gründen (etwa wegen Geschäftsunfähigkeit einer Vertragspartei oder wegen unwirksamer Bevollmächtigung) unwirksamer Anteilskaufvertrag vorgelegt wird und der Geschäftsführer daraufhin den vermeintlichen Erwerber als neuen Gesellschafter zum Firmenbuch anmeldet.

<sup>114</sup> In der Praxis der Venture Capital-Finanzierung sind in Österreich häufig Treuhänder eingeschaltet, die für mehrere (ausländische) Treugeber als wirtschaftlich Berechtigte die Anteile halten. Zweck ist es, die förmliche Durchführung von Kapitalmaßnahmen und Anteilsübertragungen zu vereinfachen. Ähnliche Konstruktionen sind auch bei Publikum-Anlage GmbH & Co KGs bei der Einschaltung von Treuhandkommanditisten bekannt; vgl. *Gruber*, Treuhandbeteiligung an Gesellschaften (2001); *Schörghofer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, ÖGesRz Rz 2/1029 ff; OGH 9 Ob 68/08b RdW 2009, 843; zur Bündelung von Anteilen über eine Treuhandgesellschaft: *Bank/Möllmann*, Venture Capital Agreements in Germany 193 f.

<sup>115</sup> Durch das MoMiG - Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen, von 23.10.2008, dBGBI 2008, 2026.

niedriger als das in Österreich für die Austrian Limited geplante.<sup>116</sup> Nachstehend soll ein Überblick über die Regelungen in einzelnen Staaten gegeben werden:

Staat	Name der Rechtsform	Mindestkapital	davon bei Gründung zu leisten
Belgien	Société à responsabilité limitée/besloten vennootschap (SRL/BV)	keines	kein Erfordernis
Bosnien	Društvo sa ograničenom odgovornošću (d.o.o.)	ca. € 500,- (1.000,- BAM)	ca. € 500,- (1.000 BAM)
Bulgarien	Druzestvo s Ogranichena Otgovornost (OOD)	ca. € 1,- (2,- BGN)	vollständig, wenn MindStKp gewählt wird; sonst 70 %
Dänemark	Anpartsselskab (ApS)	ca. € 5.300 (40.000 DKK)	vollständig
Delaware (USA)	Close Corporation	keines	kein Erfordernis
Deutschland	a) GmbH b) Unternehmergesellschaft haftungsbeschränkt	a) € 25.000,- b) € 1,-	a) € 12.500,- b) zur Gänze
Estland	osaühing (OÜ)	€ 2.500,-	vollständig
Finnland	Osakeyhtiö (Oy)	keines	Kein Erfordernis
Frankreich	Société à Responsabilité Limitée (SARL) Société par actions simplifiée	€ 1,- keines	20 % der Stammeinlagen mind. € 1,-
Griechenland	a) Idiotiki Kefalaïouchiki Etairia (IKE) b) etairia perionismenis efthynis (EPE)	a) keines b) keines	
Indien	Private Limited Company	keines	
Irland	Private Limited Liability Company (Ltd)	keines	
Israel	Private limited Company	kein bestimmtes StK <sup>117</sup>	

<sup>116</sup> Siehe auch *Kalss/Schauer*, Gutachten zum 16. ÖJT (2006), II/1, 453ff.

<sup>117</sup> Lediglich die Höhe des Kapitals wird registriert, in der Praxis 40.000,- NIS (etwa € 10.000,-).

Staat	Name der Rechtsform	Mindestkapital	davon bei Gründung zu leisten
Italien	a) Società a responsabilità limitata (Srl)	a) € 1,-	a) bei StKp unter € 10.000,-: vollständig bar; ab € 10.000,-: mind. 25 %
	b) Società a responsabilità limitata semplificata (Srls)	b) € 1,-	b) vollständig und durch Bareinlage
Kalifornien (USA)	Close Corporation	keines	kein Erfordernis
Kroatien	Društvo sa ograničenom odgovornošću (d.o.o.)	ca. € 2.600,- (20.000,- Kuna)	1/4 je Bareinlage, Rest im 1. Jahr, insgesamt 1/4 d. StK
Lettland	Sabiedrība ar ierobežotu atbildību (SIA)	€ 2.800,-	50 %
Liechtenstein	GmbH	wahlweise 10.000,- €, USD oder CHF	vollständig
	Liechtenstein Venture Cooperative (LVC)	keines	kein Erfordernis
Litauen	Uždaroji akcinė bendrovė (UAB)	€ 2.500,-	mind. € 2.500,-
Luxemburg	Société à Responsabilité Limitée (SARL)	€ 12.000,-	vollständig
Niederlande	Besloten Vennootschap (BV)	keines	Grds. vollständig
Norwegen	Aksjeselskap (AS)	ca. € 2.800,- (30.000,- NOK)	vollständig
Österreich	a) GmbH	a) € 35.000,-	a) € 17.500,-
	b) gründungsprivilegierte GmbH	b) € 10.000,-	b) € 5.000,-
Polen	Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (Sp.z.o.o.)	ca. € 1.100,- (5.000,- PLN)	vollständig
Portugal	Sociedade por Quotas	keines	erste Einlage im 1. Jahr, Rest in 5 Jahren
Rumänien	Societate cu răspundere limitată (S.R.L.)	ca. € 40,- (200,- RON)	vollständig
Russische Föderation	Общество с ограниченной ответственностью (ООО)	ca. € 114,- (10.000 RUB)	binnen vier Monaten
Schweden	Aktiebolag (AB)	ca. € 5.000,- (50.000,- SEK)	vollständig

Staat	Name der Rechtsform	Mindestkapital	davon bei Gründung zu leisten
Schweiz	GmbH	ca. € 18.600,- (20.000,- CHF)	Bareinlagen vollständig
Serbien	Društvo sa ograničenom odgovornošću (d.o.o.)	ca. € 1,- (RSD 100,-)	binnen fünf Jahren ab Gründung
Singapur	Private Limited Company	ca. € 0,62 (SGD 1,-)	kein Erfordernis
Slowakei	Spoločnosť s Rukovním Obmedzením (s.r.o.)	€ 5.000,-	jede Geldeinlage zu mindestens 30 %
Slowenien	Družba z omejeno odgovornostjo (d.o.o.)	€ 7.500,-	25 % pro Einlage, insg. min. € 7.500,-
Spanien	Sociedad de responsabilidad limitada (SRL)	€ 3.000,-	vollständig
Tschechien	Společnost s Rukovním Omezením (SRO)	ca. € 0,04 (1,- CZK)	jede Geldeinlage zu mind. 30 %
Ukraine	Tovarystvo z Obmezhenoyu Vidpovidalnistyu	keines	
Ungarn	Korlátolt Felelősségű Társaság (KFT)	ca. € 8.700,- (3.000.000,- HUF)	zu 50 %
United Kingdom	Private Limited company	jeder Betrag über 0	kein Erfordernis
Volksrepublik China	“有限责任公司” (Gesellschaft mit beschränkter Haftung)	grds keines (ausg spezielle Industrien)	kein Erfordernis Fristen lt GesVertrag

All diese Daten sind für die von der Koalitionsregierung vereinbarte Konzeptionierung einer neuen Kapitalgesellschaftsform relevant. Gründer nennen nämlich geringe Mindeststammkapitalerfordernisse als ein Hauptmotiv bei der Wahl der Rechtsform und des Standorts<sup>118</sup> und die Koalitionsregierung will gerade mit der neuen Kapitalgesellschaft eine international wettbewerbsfähige Option schaffen.<sup>119</sup>

<sup>118</sup> Bereits den Materialien zum GesBR-RG 2013 (BGBl I 53/2011) ist zu entnehmen, dass das weitaus geringere Mindestkapitalerfordernis bei der Limited das Hauptmotiv der Gründer von im österreichischen Firmenbuch eingetragenen Zweigniederlassungen englischer Limiteds für deren Rechtsformwahl war (ErlRV 2356 BlgNR 24. GP 12). Daran hat sich nach den Praxiserfahrungen der Gutachter nichts geändert.

<sup>119</sup> Aus Verantwortung für Österreich, Regierungsprogramm 2020 - 2024, Seite 89 (abrufbar unter <https://www.bundeskanzleramt.gv.at/bundeskanzleramt/die-bundesregierung/regierungsdokumente.html>).

Um die Austrian Limited im verschärften Wettbewerb mit Gesellschaftsformen anderer Staaten gut zu positionieren, aber zugleich die Seriosität der neuen Kapitalgesellschaftsform nicht zu unterminieren, soll ihre Gründung mit einem Nennkapital von zumindest insgesamt € 5.000,- möglich sein, wovon aus Gründen der Seriositätsgewähr insgesamt mindestens € 2.500,- zwingend durch Bareinlage bei Gesellschaftsgründung zu erbringen sind („Mindestbareinlage“). Das restliche Mindestkapital soll auch durch Sacheinlagen und/oder Dienstleistungen aufgebracht werden können. Zur Kapitalaufbringung generell siehe Punkt 5.1.3.

f) Flankierende Maßnahmen des Gläubigerschutzes

Zwei flankierende Maßnahmen bieten sich an, um den Gläubigerschutz anlässlich der Gründung abzurunden. So sollen einerseits die aktienrechtlichen Gründungs-Haftungsvorschriften (§§ 39 bis 41 und §§ 43 und 44 AktG), die eine Haftung der Mit-Gründer und ihrer Hintermänner bei Vorsatz oder grob fahrlässiger Schädigung vorsehen, zur Anwendung kommen<sup>120</sup> und andererseits soll ein „Ansparmodell“ im Sinne einer Gewinnausschüttungsbeschränkung (siehe dazu unten Punkt 5.8.5) vorgesehen werden.

g) Transparenz für Dritte durch Firmenbuch

Ungeachtet aller Bemühungen, wenigstens gesetzgeberisch ein Mindestmaß an Gläubigerschutz sicher zu stellen, soll nicht verkannt werden, dass jede haftungsbeschränkte Rechtsform für deren Gläubiger – seien es Vertragspartner oder gesetzliche oder deliktische Gläubiger – ein gewisses Maß an Gefährdung bedeuten. Dieses nimmt der Gesetzgeber aber aus volkswirtschaftlichen Gründen dennoch in Kauf. Die oben tabellarisch aufgezeigten geringen bis Null-Kapitalerfordernisse in den einzelnen Staaten geben ein bedröhtes Zeugnis davon.

Jeder Geschäftspartner, Kreditgeber und sonstiger Vertragspartner muss daher selbst ein gewisses Maß an eigener Vorsicht und Sorgfalt walten lassen: Die Austrian Limited wird als solche im Firmenbuch eingetragen und daraus sind die Höhe des Nennkapitals und die Art der Einlagen der Gesellschafter (also etwa auch Sacheinlagen und Dienstleistungen) für jedermann ersichtlich. Es gilt der Grundsatz der Firmenbuch-Publizität (§ 15 UGB). Die (geringe) Höhe des Nennkapitals lässt erkennen, welche Kapitalausstattung die Gesellschafter zur Verfügung gestellt haben. Der Geschäftsverkehr muss – wie derzeit auch schon bei den vorhandenen Gesellschaftsformen mit beschränkter Gesellschafterhaftung – abstrakt damit rechnen, dass diese Mittel durch die Geschäftstätigkeit aufgebraucht und verloren sein können.

---

<sup>120</sup> S zu deren Regelungszwecken S.-F. Kraus/Spendel in *Napokoj ea*, AktG § 39 Rz 2 f.

Aus dieser Tatsache, aus den jährlich vorzulegenden Jahresabschlüssen und mit Hilfe der sonstigen Möglichkeiten der Kreditauskunft muss jeder, der am Geschäftsleben teilnimmt, sich selbst vorsehen (*caveat creditor*<sup>121</sup>). Dabei muss auch als bekannt vorausgesetzt werden, dass es im Laufe der Unternehmenstätigkeit einer haftungsbeschränkten juristischen Person zu deren Insolvenz und zu Zahlungsausfällen für Gläubiger kommen kann. Jeder Geschäftspartner hat daher mit den von der Rechtsordnung zur Verfügung gestellten Mitteln – etwa der Kreditbesicherung – selbst danach zu trachten, sich vor solchen Zahlungsausfällen zu schützen<sup>122</sup> oder überhaupt Geschäfte mit bonitätsschwachen Geschäftspartnern zu unterlassen.

An dieser Stelle können nicht alle Aspekte, die die österreichische Rechtsordnung als hochstehende und ausdifferenzierte Zivil- und Strafrechtsordnung vorsieht, erwähnt werden. Wir wollen in diesem Zusammenhang nur ergänzend auf das Spannungsverhältnis von Verschwiegenheitspflichten und Aufklärungspflichten<sup>123</sup> sowie auf die Insolvenzantragspflicht der Geschäftsführer sowie auf die für sie relevanten Straftatbestände der grob fahrlässigen Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen (§ 159 StGB), des Betruges (§ 146 StGB), des Sozialbetruges (§ 153d StGB), der betrügerischen Krida (§ 156 StGB)<sup>124</sup> und der Bilanzfälschung (§ 163a StGB) – diese kommen zugleich als Schutzgesetze<sup>125</sup> und somit als Haftungstatbestände in Betracht – hinweisen.<sup>126</sup>

---

<sup>121</sup> *Roth*, Gläubigerschutz und Mindestkapital in der GmbH nach den österreichischen und deutschen Gesetzesnovellen vom 1.1.1981, *GesRZ* 1982, 137 ff; *Roth*, Gläubigerschutz bei der GmbH: Was ist unverzichtbar? in FS Peter Doralt (2004) 479 ff; *Zollner*, Mindestkapital und Kapitalaufbringung – wirksame Instrumente des Gläubigerschutzes? in *Kalss*, Aktuelle Fragen des Gläubigerschutzes (2002) 29 (37); *Wünscher*, Das Mindeststammkapital im GmbH-Recht – (noch immer) ein notwendiges Gläubigerschutzinstrument? *GesRZ* 2019, 152 ff.

<sup>122</sup> Zum Mitverschulden des Gläubigers und zum Handeln auf eigene Gefahr siehe nur die Judikaturnachweise bei *J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer* in *Artmann/Karollus*, AktG<sup>6</sup> § 84 Rz 802 bis 804.

<sup>123</sup> Dazu *A. Reich-Rohrwig*, Aufklärungspflichten vor Vertragsabschluss (2015) 466 ff, 481 f; OGH 3 Ob 519/89 *ecolex* 1990, 289; 6 Ob 244/17a *ecolex* 2018/229, 534.

<sup>124</sup> Dieser Straftatbestand kommt auch im Zusammenhang mit der verbotenen Rückzahlung eigenkapitalersetzender Darlehen, solange diese nicht entsperrt sind, in Betracht: OGH 12 Os 42/19x *ecolex* 2020, 312.

<sup>125</sup> § 1311 ABGB.

<sup>126</sup> Gegebenenfalls ist eine deliktische Haftung der Geschäftsführungsorgane für grob fahrlässige Herbeiführung der Insolvenz oder Insolvenzverschleppung oder auch wegen Betruges denkbar; siehe etwa *J. Reich-Rohrwig* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 25 Rz 307 ff; *J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer* in *Artmann/Karollus*, AktG<sup>6</sup> § 84 Rz 735 ff.

### 5.1.2 Rechtsverhältnisse der Gesellschafter

Im Zuge des GesbR-RG hat der Gesetzgeber einige Institutionen des allgemeinen Gesellschaftsrechts kodifiziert, die bereits zuvor anerkannt aber nicht oder nur zum Teil ausdrücklich geregelt waren.<sup>127</sup> So hat der Gesetzgeber insbesondere den allgemeinen Grundsatz gesellschaftsrechtlicher Pflichten zur Mitwirkung sowie zur Interessenwahrung (siehe § 1186 Abs 1 ABGB, § 112 Abs 1 1. Satz UGB)<sup>128</sup> und die Gleichbehandlung der Gesellschafter normativ verankert (s § 1186 Abs 2 ABGB; § 112 Abs 1 2. Satz UGB).<sup>129</sup> Im Kapitalgesellschaftsrecht ist zwar nicht abschließend geklärt, wie weit die Treuepflicht der Gesellschafter reicht. Unstrittig ist aber, dass Treuepflichten an sich auch bei Kapitalgesellschaften existieren.<sup>130</sup> Außerdem war bereits vor der GesbR-RG im Aktienrecht der Gleichbehandlungsgrundsatz ausdrücklich verankert (§ 47a AktG). Dem österreichischen Kapitalgesellschaftsrecht sind somit weder die Treuepflicht der Gesellschafter noch die Gesellschaftergleichbehandlung fremd. Da aus der gesetzlichen Verankerung von Institutionen des allgemeinen Gesellschaftsrechts im GesbR-Recht nicht der Schluss ihrer undifferenzierten Geltung für andere Gesellschaftsformen gezogen werden darf,<sup>131</sup> bietet es sich an, für die Austrian Limited die Geltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes und die Existenz von Treuepflichten explizit im neuen Gesetz klarzustellen. Das Konturieren der Treuepflichten und der Grenze zur willkürlichen, sachlich nicht gerechtfertigten Verschiedenbehandlung<sup>132</sup> ist naturgemäß der Rechtsprechung zu überlassen.

### 5.1.3 Kapitalaufbringung

Um die Gründung der Austrian Limited, was das Gründungskapital betrifft, im internationalen Vergleich halbwegs attraktiv zu gestalten, sollte das erforderliche Mindestnennkapital € 5.000,- betragen (siehe dazu 5.1.1e.). Das Nennkapital ist bei der Gründung und

---

<sup>127</sup> ErIRV 270 BlgNR 25. GP 3.

<sup>128</sup> Der Gesetzgeber hat zwar bewusst vermieden, im Gesetz den Begriff der Treuepflicht zu verwenden, diese aber der Sache nach positiviert (vgl ErIRV 270 BlgNR 25. GP 13).

<sup>129</sup> ErIRV 270 BlgNR 25. GP 13.

<sup>130</sup> Aus der Rsp zu GmbH und AG: RIS-Justiz RS0107912; RS0026106; grundlegend: OGH 6 Ob 695/87 wbl 1988, 125 (*J. Reich-Rohrwig*); siehe auch bereits OGH 5 Ob 649/80 GmbHR 1984, 235 (*C. Nowotny*), 5 Ob 526/84 GesRZ 1986, 36; 6 Ob 100/12t ecolex 2013/291 (*J. Reich-Rohrwig*); 6 Ob 17/13p GesRZ 2013, 189 (*Kalss/Winner*); 6 Ob 215/16k RdW 2018, 25; 6 Ob 76/17w ecolex 2017, 1083; *J. Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 1 358 ff; *J. Reich-Rohrwig*, Treuepflicht der GmbH-Gesellschafter und Aktionäre von Judikatur bejaht, wbl 1988, 141 ff; *Aicher/S.-F. Kraus* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 61 Rz 33 ff; *U. Torggler*, Treuepflichten, passim; *Kalss/Torggler*, Treuepflichten (2018).

<sup>131</sup> ErIRV 270 BlgNR 25. GP 3.

<sup>132</sup> RIS-Justiz RS0060059; ErIRV 270 BlgNR 25. GP 13.

auch bei späteren Kapitalerhöhungen zu einem Viertel, bei der Gründung mindestens aber mit € 2.500,- einzuzahlen.<sup>133</sup>

Das Nennkapital kann durch Bareinlagen, durch Sacheinlagen und – nach unserem Vorschlag – auch durch Dienstleistungen der Gesellschafter aufgebracht werden. Allerdings ist der Mindestbetrag von € 2.500,- als Seriositätsschwelle jedenfalls bar zu leisten (mit Bankbestätigung).

Im Falle der Einbringung von Sacheinlagen oder Sachübernahmen (zu beiden Begriffen siehe § 20 AktG und § 6 Abs 4 und § 6a GmbHG) sollte vom Erfordernis einer Sachgründungsprüfung Abstand genommen werden, wenn die Sacheinlagen und Dienstleistungen nicht mehr als die Hälfte des Stammkapitals ausmachen. Stattdessen sollte bei Erbringung von Sacheinlagen dieser Umstand samt dem Betrag, mit dem Sacheinlagen auf das Nennkapital angerechnet werden, im Firmenbuch eingetragen werden. Eine Sachgründungsprüfung durch einen von Gericht bestellten Prüfer ist im Interesse der Vereinfachung und Kostenersparnis – wie gesagt – nicht erforderlich, wenn die Sacheinlagen und Dienstleistungen nicht mehr als die Hälfte ausmachen, kann aber freiwillig vorgenommen werden. Unterbleibt eine Prüfung der Sacheinlagen oder Sachübernahmen, so sollte der betreffende Gesellschafter die Beweislast für die Werthaltigkeit tragen und die Differenzhaftung samt Verjährung analog § 10a GmbHG gelten. § 6a Abs 2 bis 4 GmbHG kann als Vorbild dienen.

Die verdeckte Sacheinlage sollte nicht per se rechtswidrig sein. So wie bei Sacheinlagen sollte auch bei verdeckten Sacheinlagen und Sachübernahmen dem Einlegenden die Beweislast für die Werthaltigkeit der Einlage treffen.

Im Zusammenhang mit (künftigen) Dienstleistungen, die auf das Nennkapital angerechnet werden – was bei der neuen Rechtsform zulässig sein soll –, ist zunächst zu erwähnen, dass auch bei einer GmbH & Co KG die Anrechnung von Dienstleistungen auf die Kommanditeinlagen zulässig wäre.<sup>134</sup> Bedenken gegen die Zulässigkeit dieser Form der Kapitalaufbringung bestehen daher nicht. Allerdings sollte eine gläubigerschützende Begleitregelung aufgenommen werden, die eine im Drittvergleich überhöhte Bewertung der Dienstleistungen verhindern soll: Falls die angerechneten Dienstleistungen nicht erbracht

---

<sup>133</sup> Für Agiobeträge (Aufgeld) sollte, um mehr Flexibilität zu ermöglichen – anders als nach Aktienrecht (§ 28a Abs 1 AktG) – keine sofortige Einzahlungspflicht vorgesehen werden.

<sup>134</sup> § 109 Abs 2 iVm § 161 UGB; *Schauer in Straube/Ratka/Rauter*, WK UGB<sup>4</sup> § 109 Rz 25; *Koppensteiner/Auer*, WK UGB<sup>4</sup> § 171 Rz 13; *Bergmann*, Der Kommanditist als Arbeitsgesellschafter, RdW 2008, 382 (384); *S.-F. Kraus in U. Torggler*, UGB<sup>3</sup> § 109 Rz 9.

werden – etwa im Falle des Todes oder der sonstigen Beendigung seines Dienstvertrages – sollte eine entsprechende Einzahlungspflicht des Gesellschafters in Geld bestehen.

Mit all diesen Regelungen kann man bei der neuen Rechtsform von der verschuldensunabhängigen, für Investoren aber abschreckend wirkenden subsidiären Haftung der Mitgesellschafter für die Aufbringung ausständiger Stammeinlagen nach § 70 GmbHG Abstand nehmen. Gleichmaßen sollte auch – und das ist ein Vorgriff zu der zu Punkt 5.8.6 vorgeschlagenen Regelung – die subsidiäre Ausfallhaftung der Mitgesellschafter nach § 83 Abs 3 GmbHG im Falle verbotener Einlagenrückgewähr für die Austrian Limited nicht übernommen werden: Weder das österreichische noch das deutsche Aktienrecht kennen eine vergleichbare Regelung. Die GmbH-rechtliche Regelung würde den Mitgesellschaftern als Kapitalgebern ein unüberblickbares und nicht kalkulierbares Risiko auferlegen, was nicht sachgerecht sein kann und auf Investoren abschreckend wirkt. Wenn sie aber an der verbotenen Einlagenrückgewähr schuldhaft mitwirken, haften sie ohnedies nach schadenersatzrechtlichen Grundsätzen als Anstifter oder Beitragstäter. Zudem hat die Haftungsvorschrift des § 83 Abs 3 GmbHG in der Praxis keine wirkliche Bedeutung erlangt. Die Mithaftung der Gesellschafter bei Einlagenrückgewähr kann aber nach der Beobachtung der Gutachter bewirken, dass die Gesellschafter gemeinschaftlich gegenüber dem Insolvenzverwalter Stillschweigen über tatsächliche Fälle der Vermögensverschiebung hin zu einzelnen Gesellschaftern bewahren, um sich nicht selbst einer Mithaftung auszusetzen. Das ist für die Insolvenzmasse noch viel schlechter, als wenn der Insolvenzverwalter informiert wird und dann immerhin gegen denjenigen vorgehen kann, dem zu Unrecht Einlagen zurückgewährt worden waren.

Die Vereinbarung von Nebenleistungspflichten im Gesellschaftsvertrag sollte – wie bei den anderen Kapitalgesellschaften – zugelassen werden (vgl § 8 GmbHG; § 50 AktG). Auf das Erfordernis der Vinkulierung der Anteile in diesem Zusammenhang sollte verzichtet werden, um den Gesellschaftern mehr Flexibilität zu geben: Es sind ja auch Fälle denkbar, in denen ohnedies nur der derzeitige Gesellschafter die Nebenleistungspflicht erbringen kann und daher eine Erfüllung durch den Nachfolger gar nicht in Betracht kommt, oder der betreffende Gesellschafter in der Verfügung über seinen Anteil nicht oder nicht auf Dauer eingeschränkt sein will. Die gesetzliche Regelung über Nebenleistungspflichten stammt aus den Anfängen der Industrialisierung und betraf vor allem die Pflicht zur Rübenlieferung an Zuckerfabriken; diese Sichtweise des damaligen Regelungsbedarfs ist heutzutage flexibler zu gestalten.

#### 5.1.4 Einlagen der Gesellschafter

Jeder Gesellschafter einer Austrian Limited hat grundsätzlich einen Anteil an der Gesellschaft. Insofern spricht sich das Gutachten dafür aus, grundsätzlich dem Konzept der österreichischen GmbH zu folgen, und nicht jenem des Aktienrechts, wonach jeder Aktionär mehrere Aktien haben kann. Im Hinblick darauf, dass bei Venture Capital Finanzierungen die Ausgabe unterschiedlicher Gattungen von Anteilen üblich ist (Vorzuganteile A, Vorzuganteile B, usw), sollte es zugelassen werden, dass jeder Gesellschafter mehrere Anteile besitzen kann, wenn es sich um Anteile unterschiedlicher Gattungen handelt. Somit kann ein Gesellschafter zwar nur immer einen Anteil einer Anteilsgattung, allerdings Anteile verschiedener Gattungen zugleich halten. Zur zusätzlich bestehenden Möglichkeit, das Stimmrecht eines Anteils unterschiedlich auszuüben (Split Voting) siehe Kapitel 5.8.1.

Was die Höhe des Mindestnennwerts pro Anteil betrifft – im GmbH-Recht beträgt der Mindestanteil € 70,-, bei der Aktiengesellschaft € 1,- – scheint es zweckmäßig, den Mindestnennwert pro Anteil mit € 1,- (also mit einem Euro) festzulegen. Sofern die Einlagebeträge diesen Betrag übersteigen, müssen sie aber nicht auf volle Euro lauten, sondern können auch einzelne Euro-Cent ausmachen. Zulässig wäre daher eine Einlage von € 1,04 (also einem Euro und vier Cent).

Auf jede Bareinlage ist anlässlich der Gründung oder einer Kapitalerhöhung wenigstens ein Viertel bar einzuzahlen. Für Agio-Beträge ist eine sofortige Mindesteinzahlung – anders als nach Aktienrecht – nicht vorzusehen, weil Agio-Beträge nicht in das Firmenbuch eingetragen werden, für das Publikum nicht ohne weiteres ersichtlich sind und daher ihre anfängliche Nichteinzahlung auch nicht zur Täuschung des Publikums führt.

Die Mindestbareinlage, die von allen Gesellschaftern anlässlich der Gründung insgesamt zu leisten ist, soll – wie erwähnt – € 2.500,- betragen. Zum Vergleich: Bei der „gründungsprivilegierten GmbH“ beträgt die Mindestbareinlage € 5.000,-.

#### 5.1.5 Rasche und einfache Gründung

Die Gründung eines Startups in Österreich soll schnell, einfach und kostengünstig möglich sein. Der gesamte Gründungsvorgang sollte digital abgewickelt werden können.<sup>135</sup>

---

<sup>135</sup> Auf die digitale Gründung nehmen auch Artikel 13 ff der Richtlinie über „bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts“ RL 2017/1132/EU, geändert durch RL (EU) 2019/2121 von 27.11.2019, berichtet durch ABl L 20 vom 24.1.2020, Bezug.

Um die Austrian Limited auch für internationale Gründer attraktiver zu machen, sollte der Gesellschaftsvertrag entweder in Deutsch oder in Englisch abgeschlossen werden dürfen.

Die Einreichung des Gesellschaftsvertrags beim Firmenbuch ist aus unionsrechtlichen Gründen erforderlich, wenn man davon ausgeht, dass die Austrian Limited in den Anhang II der Ges-RL aufgenommen wird.<sup>136</sup> Die Prüfpflicht des Firmenbuchgerichts betreffend den Inhalt des Gesellschaftsvertrags könnte entweder zur Gänze entfallen oder sollte zunächst auf Regelungen beschränkt werden, die klar gegen den Gläubigerschutz verstoßen.

Die Einschaltung des Firmenbuchgerichts führt allerdings erfahrungsgemäß zu erheblichen Komplikationen, Mehraufwand, Zeitverzug und Kosten:

Bei ausländischen Gesellschaftern und juristischen Personen als Gesellschafter bereitet der Nachweis der Vertretungsbefugnis der handelnden Personen im Zuge der Anmeldung relevanter Vorgänge zum Firmenbuch in der Praxis immer wieder Probleme. Als Alternative zu einer Prüfung durch das Firmenbuchgericht sollte vorgesehen werden, dass bei ausländischen Gesellschaften und juristischen Personen die Vertretungsbefugnis durch qualifizierte Sachverständige bestätigt werden kann. Innerhalb der EU sollten jedenfalls einfache elektronische Auszüge in deutscher oder englischer Sprache aus dem jeweiligen nationalen Register ausreichen (sowohl für das Firmenbuchgericht als auch für den Sachverständigen). Liegt eine Bestätigung eines qualifizierten Sachverständigen vor, hat das Firmenbuchgericht die Vertretungsbefugnis nicht weiter zu prüfen.

#### **5.1.6 Gründungskosten, Gründervorteile, Sondervorteile**

Eine ausdrückliche Regelung, in welcher Höhe die Gründungskosten von der Gesellschaft getragen werden dürfen, wäre sinnvoll. Unser Vorschlag lautet: bis zu 25 % des Eigenkapitals von bis zu € 20.000,- und bis zu 10 % des Mehrbetrags des Eigenkapitals.

Gründervorteile und Sondervorteile sollten wie nach § 19 AktG im Gesellschaftsvertrag geregelt werden können und müssen.<sup>137</sup>

---

<sup>136</sup> Siehe die in Kapitel III Abschnitt 1 Artikel 14 („Pflicht zur Offenlegung von Urkunden und Angaben“) genannte Pflicht, die Satzung und jede Änderung einschließlich einer konsolidierten aktuellen Fassung der Satzung im Register (Firmenbuch) offenzulegen.

<sup>137</sup> § 7 GmbHG schließt eine Gründerbelohnung „aus dem Stammkapital“ und eine Anrechnung auf die Stammeinlagen zwar aus; das sollte aber kein Hindernis dafür sein, eine Gründerbelohnung oder einen Kostenersatz aus Agio-Beträgen oder aus künftigen ausschüttbaren Gewinnen zuzuerkennen.

### 5.1.7 Eintragung der Gesellschaft in das Firmenbuch, Prüfpflicht

Unsere Überlegungen zur Prüfpflicht des Firmenbuchgerichts hängen maßgeblich davon ab, ob man verlangt, dass die Gründer den Gesellschaftsvertrag/die Errichtungserklärung zum Firmenbuch einreichen, in welcher Sprache der Gesellschaftsvertrag/die Errichtungserklärung abgefasst werden kann und ob nur eine formale oder auch eine inhaltliche Prüfung durch das Firmenbuchgericht verlangt wird. Siehe dazu unsere Ausführungen in Punkt 5.1.1 und 5.1.5.

Zur Frage, ob die Gesellschafter einer Austrian Limited in das Firmenbuch einzutragen sind oder nicht, ist vorwegzuschicken, dass eine unionsrechtliche Pflicht zur Eintragung der Gesellschafter in das Firmenbuch nicht existiert, und zwar auch dann nicht, wenn die RL (EU) 2019/2121 die Austrian Limited künftig erfassen sollte. Denn auch bei der GmbH gibt es keine unionsrechtliche Pflicht zur Eintragung der Gesellschafter in das Firmenbuch (außer wenn es ein Alleingesellschafter ist). Gleiches gilt für die Austrian Limited.

Dem österreichischen Gesetzgeber steht es daher frei, die Eintragung der Gesellschafter der Austrian Limited in das Firmenbuch anzuordnen oder sich mit einem Anteilsbuch, das von der Gesellschaft zu führen ist, zu begnügen. Wir haben dazu schon oben zu Punkt 5.1.1.d. Pro- und Contra-Argumente erörtert, auf die wir – um Wiederholungen zu vermeiden – verweisen.

In Anlehnung an das Aktienbuch als Aktionärsregister bei der AG und an das Register der Genossenschafter bei der Genossenschaft ist ein **Anteilsbuch, das von der Gesellschaft zu führen** ist, in Erwägung zu ziehen. Dieses sollte für jeden Anteil, den Nennbetrag, den Umfang, in dem er geleistet ist, und ein allfälliges Aufgeld, Vor- und Zunamen, Geburtsdatum des Gesellschafters oder die sonstige Bezeichnung (Firma) des Gesellschafters samt Registernummer und das zuständige Register (bei eingetragenen Gesellschaften und juristischen Personen), Kontodaten, Adresse und E-Mailadresse eines jeden Gesellschafters umfassen.

## 5.2 Zweiter Abschnitt: Die Organe der Gesellschaft

Naturgemäß muss die Austrian Limited über eine Organisationsstruktur und über Organe verfügen. Die Organisationsstruktur ist gesetzlich zu regeln. Wir schlagen als oberstes Organ – wie bei der GmbH<sup>138</sup> – die Generalversammlung, als Geschäftsführungsorgan die Geschäftsführer und eventuell den Verwaltungsrat, und als Aufsichtsorgan in bestimmten

---

<sup>138</sup> Statt vieler nur Siehe auch *Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer*, ÖGesR<sup>2</sup> Rz 4/275.

Fällen den Aufsichtsrat vor. Daneben muss es zulässig sein, weitere Regelungen, etwa über einen Beirat, zu treffen.

Für die Organisationsstruktur bietet es sich an, für die unterschiedlichen Phasen, die ein solches Unternehmen durchlaufen kann, unterschiedliche Regelungsinhalte vorzusehen: Je kleiner, desto schlanker kann und sollte die Organisationsstruktur gehalten werden können. Je größer, desto komplexer kann und muss die Organisationsstruktur sein. Das gilt vor allem, wenn mit Rücksicht auf die Zahl der Arbeitnehmer die Einrichtung eines Aufsichtsrats geboten ist. Sollten die Voraussetzungen für die Aufsichtsratspflicht nicht gegeben sein, sollte – so wie auch bei der GmbH ein Organ mit überwachender, beratender oder sonstiger Funktion geschaffen werden kann<sup>139</sup> – jedenfalls ein Beirat und sonst eine „begleitende Kontrolle“ eingerichtet werden können.

Auch neben einem zwingenden Aufsichtsrat sollte die Einrichtung eines Beirats – wie nach GmbHG<sup>140</sup> – zulässig sein, dem selbstverständlich nur solche Aufgaben zugewiesen werden können, die die Tätigkeit des Aufsichtsrats nicht behindern.

Dieses Regelungskonzept wollen wir im Folgenden näher vorstellen.

### **5.2.1 Einzelne Regelungen für die Geschäftsführer (Vorstand)**

Für das Geschäftsführungsorgan ist eine Regelung am sinnvollsten, die darauf Rücksicht nimmt, in der Anlaufphase – solange das neu gegründete Unternehmen vom Umfang her noch klein bis mittelgroß ist – keinen hypertrophen Aufwand zu verursachen. Ansonsten ist die Austrian Limited nämlich keine wettbewerbsfähige Option für Gründer. Auch unter diesem Gesichtspunkt haben sich die gesetzlichen Regelungen für GmbH-Geschäftsführer durchaus bewährt und können insoweit beibehalten werden:

Demnach sollten die Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer der Austrian Limited entsprechend §§ 15 und 16 GmbHG, einschließlich der Klage auf Abberufung von Geschäftsführern aus wichtigem Grund, geregelt werden. Falls ein Beirat oder Aufsichtsrat bestellt ist, könnte auch diesem durch den Gesellschaftsvertrag die Kompetenz zur Bestellung, Suspendierung und Abberufung eingeräumt werden.<sup>141</sup>

---

<sup>139</sup> Koppsteiner/Rüffler, GmbHG<sup>3</sup> § 35 Rz 53; Eckert/Schopper in U. Torggler, GmbHG § 19 Rz 15.

<sup>140</sup> § 20 GmbHG; J. Reich-Rohrwig, Der Beirat der GmbH, ÖJZ 1981, 509 ff; Koppsteiner/Rüffler, GmbHG<sup>3</sup> § 35 Rz 53.

<sup>141</sup> So auch Engin-Deniz, Entscheidungsanmerkung zu OGH 6 Ob 183/18g, ecolex 2019, 958 (963).

Die Regelungen über die gerichtliche Bestellung eines Notgeschäftsführers (§ 15a), den Rücktritt des Geschäftsführers (§ 16a), die Anmeldung zum Firmenbuch und die Regelungen der §§ 17 bis 19 GmbHG haben sich in der Praxis bewährt und sollten daher übernommen werden. Allerdings sollte von der schwerfälligen und nicht praxisgerechten Regelung der Kollektivvertretung durch sämtliche Geschäftsführer, wie sie § 18 Abs 2 GmbHG vorsieht, abgewichen werden.<sup>142</sup> Als Standardregelung wäre es naheliegend, die in der Praxis am häufigsten gewählte Vertretungskombination, dass je zwei Geschäftsführer gemeinsam vertreten, zu wählen. Sollten also drei oder mehr Geschäftsführer bestellt werden, sollte nach der gesetzlichen Normalregelung die Vertretung der Austrian Limited durch zwei Geschäftsführer genügen. Selbstverständlich soll es auch möglich sein, dass der Gesellschaftsvertrag etwas anderes regelt (zB die Einzelvertretung durch jeden Geschäftsführer). Als Alternative ist auch eine gesetzliche generelle Einzelvertretungsbefugnis der Geschäftsführer, die durch den Gesellschaftsvertrag abdingbar ist, vorstellbar.

In § 20 GmbHG, der – obwohl dies im Gesetzeswortlaut nicht zum Ausdruck kommt – auch als Grundlage für die Weisungsbefugnis der Generalversammlung gegenüber den Geschäftsführern herangezogen wird<sup>143</sup>, sollte das Weisungsrecht verdeutlicht werden. Gleiches gilt für die gesellschaftsvertragliche Regelung eines Weisungsrechts für einen allfälligen Beirat, für eine „begleitende Kontrolle“ oder für den Aufsichtsrat.

Zur Regelung der Geschäftsführung ist Folgendes zu sagen: Hier sollten – anders als dies § 21 GmbHG regelt – nicht einstimmige Geschäftsführungsentscheidungen verlangt werden, sondern – genauso wie beim Vorstand einer Aktiengesellschaft<sup>144</sup> – als Regelfall Mehrheitsentscheidungen innerhalb des Geschäftsführungsgremiums ohne bestimmtes Anwesenheitsquorum vorgesehen werden. Im Sinne der Satzungsautonomie kann man es den Gesellschaftern anheimstellen, von dieser gesetzlichen Regelung abweichende Beschlusserfordernisse vorzusehen; ferner dem Vorsitzenden der Geschäftsführung, sofern einer bestellt wird, ein Dirimierungsrecht einzuräumen. Die Orientierung am Aktienrecht

---

<sup>142</sup> Eine Untersuchung der Satzungen österreichischer Aktiengesellschaften hat ergeben, dass sich in keiner einzigen Satzung eine der gesetzlichen Vertretungsregelung entsprechende Regelung, wonach *sämtliche* Vorstandsmitglieder die AG nur *gemeinsam* vertreten können, findet; von der gesetzlichen Vertretungsregelung wurde also stets abgegangen: Siehe *J. Reich-Rohrwig*, Struktur der Aktiengesellschaften in Österreich, *ecolex* 2018, 526 (530).

<sup>143</sup> *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 20 Rz 9; *Enzinger in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 20 Rz 30 ff mwN; *Gellis/Feil*, GmbHG<sup>7</sup> § 20 Rz 6; *Gruber/Harrer*, GmbHG<sup>2</sup> § 20 Rz 25; *J. Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht<sup>2</sup> 125 f; OGH 1 Ob 797/76 SZ 49/163.

<sup>144</sup> *arg ex* § 70 Abs 2 AktG; *J. Reich-Rohrwig in Artmann/Karollus*, AktG<sup>6</sup> § 70 Rz 155; *Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer*, ÖGesR<sup>2</sup> Rz 3/455.

sollte es einschließen, dass die Beschlussfassung im Vorstand auch schriftlich und mittels elektronischer Medien zugelassen wird.<sup>145</sup>

Zum **Rechnungswesen** enthält § 22 GmbHG zwei Regelungsbereiche: Einerseits die Pflicht der Geschäftsführer, dafür zu sorgen, dass ein Rechnungswesen und ein internes Kontrollsystem geführt werden, die den Anforderungen des Unternehmens entsprechen (Abs 1). Diese Regelung sollte auch für die neue Gesellschaftsform unverändert gelten. Andererseits enthält § 22 GmbHG die Pflicht zur Zusendung des Jahres- und Konzernabschlusses (samt Lageberichten) an die Gesellschafter (§ 22 Abs 2 1. Satz GmbHG). Auch diese Regelung ist unseres Erachtens für die neue Rechtsform zutreffend und sollte daher übernommen werden.

Auch das **Bucheinsichtsrecht** des einzelnen Gesellschafters zur Prüfung des Jahres- und Konzernabschlusses innerhalb der letzten 14 Tage vor der ordentlichen Generalversammlung oder vor Ablauf der Frist, die für die Umlaufbeschlussfassung festgesetzt sind, sollte übernommen werden (§ 22 Abs 2 2. Satz GmbHG). Über dieses Bucheinsichtsrecht hinaus anerkennt die Rechtsprechung<sup>146</sup> ein – ungeschriebenes – jederzeitiges nicht näher zu begründendes Informationsrecht des GmbH-Gesellschafters außerhalb der Generalversammlung, weil eine sachgerechte Entscheidung nach allgemeinen Grundsätzen über kollektive Willensbildung eine ausreichende Unterrichtung über die Sachverhaltsgrundlagen voraussetzt. Diese Rechtsprechung wurde überwiegend positiv aufgenommen<sup>147</sup> und entspricht der Rechtslage in Deutschland nach § 51a dGmbHG.

Da es aber auch kritische Stimmen gibt,<sup>148</sup> sollte für die Austrian Limited klargestellt werden, inwieweit den Gesellschaftern zusätzlich zum Bucheinsichtsrecht zur Prüfung des Jahresabschlusses Informationsansprüche zustehen. Diese Klarstellung scheint auch auf Grund der durchaus hinterfragenswerten Auswirkungen, die die Regelung der Kontroll-

---

<sup>145</sup> Zum AktG: *J. Reich-Rohrwig* in *Artmann/Karollus*, AktG<sup>6</sup> § 70 Rz 157; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, ÖGesR<sup>2</sup> Rz 3/455.

<sup>146</sup> RIS-Justiz RS0060098.

<sup>147</sup> *J. Reich-Rohrwig*, Spezielle Fragen der Bucheinsicht und Sonderprüfung bei der GmbH, JBI 1987, 364 ff, 419 ff; *J. Reich-Rohrwig*, Zum Informationsrecht des GmbH-Gesellschafters, *ecolex* 1992, 334 ff; *J. Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht<sup>2</sup> Rz 2/737; *Kalss*, Ausgewählte Fragen zum Informationsrecht des GmbH-Gesellschafters, *GesRZ* 2017, 15 ff; *A. Harrer*, Zum Missbrauch des Informationsanspruches im Recht der GmbH, *GES* 2015, 265 ff; *Thiery*, Informationsanspruch des GmbH-Gesellschafters, *GesRZ* 2008, 234 ff; übersichtlich *Hilber*, Zum Informationsrecht von GmbH-Gesellschaftern, *ecolex* 2012, 142 ff; *Unger* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 22 Rz 37 ff; *Temmel* in *Gruber/Harrer*, GmbHG<sup>2</sup> § 22 Rz 45 ff.

<sup>148</sup> *ZB Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG3 § 22 Rz 37; *Mollnhuber/Suesserott* in *U. Torggler*, GmbHG § 22 Rz 26.

rechte des GesbR-Gesellschafters (§ 1194 ABGB) auf andere Gesellschaftsformen entfaltet,<sup>149</sup> sinnvoll. Für die Klarstellung ist zu bedenken: Sachgerechte Entscheidungen setzen einerseits zwar eine entsprechende Information voraus,<sup>150</sup> andererseits können sich aber Einsichtsrechte in der Praxis, wenn sie zu oft oder von zu vielen Gesellschaftern ausgeübt werden, als beschwerlich erweisen. Uns scheint als gesetzliche Normalregelung, ein ständiges Bucheinsichtsrecht nach Vorbild der österreichischen Rechtsprechung und § 51a dGmbHG, empfehlenswert. Den Gesellschaftern sollte es aber freistehen – ohne sofort einen Aufsichtsrat einrichten zu müssen –, gesellschaftsvertraglich die Ausübung des laufenden Bucheinsichtsrechts jedes Gesellschafters auf einmal pro Halbjahr einzuschränken. Eine gesellschaftsvertragliche Einschränkung des Bucheinsichtsrechts sollte ferner in solchen Belangen, in denen der betreffende Gesellschafter einer Interessenkollision unterliegt oder die Geheimhaltungsinteressen der Gesellschaft überwiegen, gleichfalls möglich sein. Eine weitergehende Einschränkung oder der gänzliche Ausschluss des Bucheinsichtsrechts sollten daran geknüpft sein, dass in der Gesellschaft ein Aufsichtsrat bestellt ist (so schon derzeit § 22 Abs 2 Satz 3 GmbHG).

Für diesen Regelungsvorschlag spricht, dass es wohl unerträglich wäre, wenn Gesellschafter zwar als Kapitalgeber willkommen sind, die Geschäftsführer ihnen dann aber die Kontrolle der an die Austrian Limited zur Verfügung gestellten Gelder verwehren könnten, mit dem lapidaren Hinweis, der Gesellschafter möge sich bis zur Aufstellung des nächsten Jahresabschlusses gedulden, die Geschäftsführer aber zwischenzeitig die Gelder zweckentfremdet verwenden, etwa durch „Entnahmen“ (in strafrechtlicher Terminologie: Entfremdung der Gelder) oder durch „Darlehensgewährung“ an Ehegatten, Freunde oder Firmen, an denen sie wiederum beteiligt sind. Und wenn dann die Frist für die Erstellung des Jahresabschlusses abläuft, ist die Gesellschaft entweder längst in Insolvenz verfallen oder es gibt Ausreden, warum der Jahresabschluss nicht fertig erstellt ist. Die Fälle der Commerzialbank Mattersburg AG, Wirecard AG, Enron, Parmalat und viele ähnliche Fälle sind abschreckende Beispiele dafür, wohin eine fehlende effektive Kontrolle führt.

An dieser Stelle wollen wir nochmals auf die Möglichkeit, die § 22 Abs 2 Satz 3 GmbHG eröffnet, das Bucheinsichtsrecht jedes Gesellschafters auszuschließen, wenn ein Aufsichtsrat zu bestellen ist, zurückkommen: Dazu sei angemerkt, dass unseres Erachtens die

---

<sup>149</sup> S zur Auffangfunktion der Bestimmungen über die GesbR im rechtlichen Regime anderer Gesellschaftsformen ErLRV 270 BlgNR 25. GP 3.

<sup>150</sup> So schon *J. Reich-Rohrwig*, JBl 1987, 419 ff; und im Anschluss auch die Judikatur (OGH 6 Ob 17/90 EvBl 1990/170, 811; 6 Ob 7/96 SZ 69/216; 6 Ob 215/97d SZ 70/157; 6 Ob 323/98p wbl 1999/372; 6 Ob 210/99x RdW 2000/128; 6 Ob 72/05i ecolex 2006/171; 6 Ob 11/08y ecolex 2008/194); *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 22 Rz 38; grundsätzlich auch *Kalss*, GesRZ 2017, 15 ff.

Einrichtung eines Aufsichtsrats im Vergleich zu einer Bucheinsicht, die ein Gesellschafter selbst und unter Beiziehung von Beratern durchführt, tendenziell nicht wirklich gleichwertig ist: Das einzelne Aufsichtsratsmitglied ist nämlich gar nicht berechtigt, ohne entsprechenden Beschluss des Aufsichtsrats allein Bucheinsicht zu nehmen. Auch wird Aufsichtsräten nachgesagt, nicht mit jenem Einsatz und jener Sorgfalt am Werke zu sein, wie ihn ein (geldgebender) Gesellschafter selbst anwenden würde, wenn er die Geschäftsgebarung kontrollieren will und Bucheinsicht nimmt.<sup>151</sup> Allerdings sollte hier die Vertragsfreiheit Vorrang vor einer gesetzlichen Bevormundung der Gesellschafter haben.

Keine grundsätzlichen Bedenken bestehen gegen die Übernahme der Regelungen zum **Wettbewerbsverbot** des GmbH-Geschäftsführers (§ 24 GmbHG) für die neue Kapitalgesellschaft. Das Wettbewerbsverbot sollte allerdings dahin ausgeweitet werden, dass auch die bloß „kapitalistische“ Beteiligung an einer anderen Gesellschaft, sei es als Kommanditist, sei es als GmbH-Gesellschafter, Aktionär oder stiller Gesellschafter u.ä., verboten ist, die mit der Gesellschaft in direktem Wettbewerb steht. Diese Ausweitung des Konkurrenzverbots scheint zum Schutz der Gesellschaft geboten. Ausgenommen vom Wettbewerbsverbot sollten aber – und dies ist die übliche Praxis bei sinnvoll textierten Geschäftsführer-Anstellungsverträgen – geringfügige Beteiligungen an börsennotierten Gesellschaften ohne Einfluss- und Mitwirkungsrechte bleiben.

Die **Auskunftspflicht** ausgeschiedener Geschäftsführer, wie sie in § 24a GmbHG geregelt ist, scheint uns auch für die neue Rechtsform sinnvoll.

Haftung der Geschäftsführer: Die Haftungsvorschrift des § 25 GmbHG, einschließlich der Business Judgement Rule (Abs 1a) könnte ohne weiteres übernommen werden. Sie sollte unseres Erachtens jedoch im Sinne des Rechtsgedankens des § 84 Abs 5 AktG nach Maßgabe der dazu ergangenen Judikatur<sup>152</sup> erweitert werden. Im Innenverhältnis sollte für Organmitglieder auch die Anwendbarkeit des Dienstnehmerhaftpflichtgesetzes vorgesehen werden können, sofern nicht die Ersatzansprüche zur Befriedigung von Gläubigern der Austrian Limited erforderlich sind.<sup>153</sup> Die Geschäftsführungsorgane einer Austrian Limited müssen sich im Klaren sein, dass für sie auch die Pflichten nach dem URG und vor

---

<sup>151</sup> Siehe den Fall der *Commerzialbank Mattersburg AG* oder den Fall der *Rieger-Bank*.

<sup>152</sup> Siehe OGH 10 Ob 100/18f ecolex 2019, 342 unter Berufung auf *J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer in Artmann/Karollus*, AktG<sup>6</sup> § 84 Rz 429.

<sup>153</sup> Vgl § 25 Abs 5 GmbHG.

allein die Pflicht zur Überwachung der finanziellen Lage der Gesellschaft, eine „Kardinalspflicht“ der Geschäftsführer,<sup>154</sup> und gegebenenfalls auch die Pflicht, Insolvenzantrag zu stellen, gilt.<sup>155</sup> Die Verletzung dieser Pflichten kann haftungsrechtliche Folgen haben.<sup>156</sup>

Ansprüche der Geschäftsführer aus der Beendigung ihres Geschäftsführerverhältnisses sollten in der Insolvenz auf höchstens zwei Jahre beschränkt werden (analoge Regelung zu § 78 Abs 2 AktG).

Die §§ 26 bis 28 GmbHG könnten mit der Maßgabe sinngemäß übernommen werden, dass die Eintragung neuer Gesellschafter und die Löschung ausgeschiedener Gesellschafter grundsätzlich – wie von uns vorgeschlagen – im Anteilsbuch vorzunehmen ist. Zusätzlich sollten alle Gesellschafter von jedem Gesellschafterwechsel verständigt werden. Der Grund für diese Verständigungspflicht ist, dass jedem Gesellschafter eine zeitnahe Kontrollmöglichkeit geschaffen werden soll, ob die Anteilsübertragung eventuell gegen eine gesellschafts- oder syndikatsvertragliche Regelung, wie zB gegen eine Vinkulierung oder gegen ihm zustehende Vorkaufs- und Mitverkaufsrechte, verstößt.<sup>157</sup> Die Verständigungspflicht hat zusätzlich auch den Sinn, dass sich die Mitgesellschafter im Regelfall kennen sollen und zwischen ihnen die Kooperation und Abstimmung verbessert wird. So erweist sich in Fällen, in denen Gesellschafter selbst eine Gesellschafterversammlung einberufen oder die Tagesordnung einer Gesellschafterversammlung ergänzen wollen, die Kenntnis, wer aktuell Mitgesellschafter ist, als zwingend notwendig. Außerdem vermag die Verständigung der Gesellschafter vom Gesellschafterwechsel späteren Missbräuchen der Geschäftsführer im Zusammenhang mit der Führung und Vorlage des Anteilsbuchs vorzubeugen. Zur Führung des Anteilsbuchs durch die Geschäftsführer ist bereits an dieser Stelle, vorausschauend für die später noch näher zu behandelnde Implementierung elektronischer Kommunikationswege anzumerken, dass jeder Gesellschafter der Austrian Limited eine elektronische Zustellanschrift bekannt geben muss. Daher ist auch die Änderung seiner elektronischen Zustellanschrift, sobald sie der Gesellschaft mitgeteilt wird, von den Geschäftsführern unverzüglich im Anteilsbuch einzutragen und auch allen anderen Gesellschaftern mitzuteilen.

Die Berichtspflicht der Geschäftsführer an den Aufsichtsrat – sofern einer eingerichtet ist – wie sie derzeit im § 28a GmbHG geregelt ist, könnte sinngemäß übernommen und dahin

---

<sup>154</sup> So OGH 3 Ob 536/77 HS 11.305; 6 Ob 757/83 GesRZ 1986, 32; 4 Ob 364/84 RdW 1985, 275; 11 Os 206/85 RdW 1986, 372; 10 Os 206/85 HS 16.266; VwGH 83/13/22 ÖStZB 1987, 358; 91/17/0047 ÖStZB 1993, 324, 393; *J. Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht<sup>2</sup> Rz 2/318 ff, 369 ff; *J. Reich-Rohrwig* in *Artmann/Karollus*, AktG<sup>6</sup> § 70 Rz 33.

<sup>155</sup> Siehe dazu die Kapitel 9 und 11.

<sup>156</sup> Siehe schon oben zu Punkt 5.1.1.g.

<sup>157</sup> Siehe schon oben Punkt 4.1.1.d.

erweitert werden, dass diese Berichtspflicht ganz allgemein gegenüber den Gesellschaftern und jedem anderen Organ (sei es Gesellschafterausschuss, Beirat, begleitende Kontrolle oder Aufsichtsrat) eingeführt wird. Hinsichtlich der Berichtspflicht an die Gesellschafter sollte überlegt werden, ob der Gesellschaftsvertrag die grundsätzlich vierteljährlich vorzusehende Berichtspflicht auf eine halbjährliche abschwächen kann; ein gänzlicher Entfall sollte unseres Erachtens nicht zugelassen werden.

Wenn man die vorstehende erweiterte Berichtspflicht gesetzlich einführt, könnte gleichzeitig die besondere Pflicht zur Einberufung einer Generalversammlung bei Verlust der Hälfte des Stammkapitals oder wenn die Vermutungskriterien des §§ 23 und 24 URG eingetreten sind – wie dies in § 36 Abs 2 GmbHG geregelt ist – und die Pflicht, das Firmenbuch von gefassten Beschlüssen zu informieren,<sup>158</sup> entfallen. Dafür spricht, dass der Eintritt dieser letztgenannten Kriterien (Verlust der Hälfte des Stammkapitals; Eintritt der URG-Vermutungskriterien) schwer feststellbar ist<sup>159</sup> und bei Startups oft schon in den ersten Tagen oder Wochen eingetreten wären. Die URG-Kennzahlen setzen darüber hinaus einen Jahresabschluss oder – und das lässt das GmbHG offen – monatliche Zwischenabschlüsse voraus, was zu einem hypertrophen Mehraufwand führen würde, den es zu vermeiden gilt. Allerdings sollte den Geschäftsführern zur Pflicht gemacht werden, die Gesellschafter bei drohender Insolvenz der Gesellschaft zu informieren und es ihnen freizustellen, die Einberufung einer Generalversammlung zu verlangen.

Der Gesetzesabschnitt zu den Geschäftsführern sollte im Sinne einer größeren Praxisfreundlichkeit und um die Geschäftsführer vor Überraschungen zu schützen, eine eigene Regelung der zustimmungsbedürftigen Geschäfte und Maßnahmen enthalten. Diese finden sich im GmbHG für die Geschäftsführer ebenso wie im Aktiengesetz für den Vorstand nur an verstreuten Stellen. Außerdem anerkennt die Judikatur „ungeschriebene Zustimmungsvorbehalte.“<sup>160</sup>

---

<sup>158</sup> Kritisch zu dieser Pflicht *Harrer* in *Gruber/Harrer*, GmbHG<sup>2</sup> § 36 Rz 35 f.

<sup>159</sup> Vgl zur AG *J. Reich-Rohrwig/Dibon* in *Artmann/Karollus*, AktG<sup>6</sup> § 83 Rz 1 ff, 12 ff; *Harrer* in *Gruber/Harrer*, GmbHG<sup>2</sup> § 36 Rz 30.

<sup>160</sup> Vgl *J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer* in *Artmann/Karollus*, AktG<sup>6</sup> § 84 Rz 46 f mwN aus der deutschen und österreichischen Rsp und Literatur; *H. Keinert/C. Keinert-Ksin*, Ungeschriebene Kompetenzen der Gesellschafterversammlung („Holzmüller-Doktrin“) (2018); *Baumgartner/Mollhuber/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 35 Rz 2; *N. Arnold/Pampel* in *Gruber/Harrer*, GmbHG<sup>2</sup> § 20 Rz 12; *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, ÖGesR<sup>2</sup> Rz 4/280 ff; OGH 2 Ob 2146/96v SZ 69/254; OGH 6 Ob 38/18h RdW 2018, 637.

Zu den zustimmungspflichtigen Geschäften und Maßnahmen sollten unseres Erachtens zählen

- außergewöhnliche Geschäfte,<sup>161</sup> soweit sie nicht in einem von den Gesellschaftern allenfalls genehmigten Budget (Vorschaurechnung) enthalten und daher implizit mitgenehmigt sind;
- Geschäfte mit unmittelbaren oder mittelbaren Gesellschaftern und ihnen nahestehenden Personen, sofern es sich nicht nur um geringfügige Geschäfte handelt;<sup>162</sup>
- Kreditgewährung im Sinne des § 80 AktG und an sonstige nahe Angehörige (§ 32 IO);
- die Veräußerung oder Überlassung wesentlicher Teile des Vermögens der Gesellschaft,<sup>163, 164</sup> zum Vermögen zählen auch Erfindungen, technische Entwicklungen und Geschäftschancen.

Abgesehen von den genannten zustimmungspflichtigen Geschäften sollen entsprechend dem Vorbild der GmbH und AG auch bei der Austrian Limited die Ausgabe von Genussrechten, Wandel- und Gewinnschuldverschreibungen (siehe dazu Kapitel 5.10), die Vermögensübertragung im Sinne des § 237 AktG, die Gewinngemeinschaft, die Betriebsüberlassung oder Betriebsverpachtung im Sinne des § 238 AktG sowie die Unternehmensveräußerung im Sinne des § 90 Abs 4 GmbHG eines Beschlusses der Gesellschafterversammlung mit Dreiviertelmehrheit bedürfen.

Ob Prokura oder Generalhandlungsvollmacht überhaupt erteilt werden dürfen, sollte aus der Zustimmungspflicht (so § 35 Abs 1 Z 4 GmbHG) herausgenommen werden, weil diese Vorschrift weitgehend unbekannt ist und keinerlei praktische Bedeutung erlangt hat. Die Zustimmungspflicht für Anlageninvestitionen, deren Anschaffungskosten 20 % des Stammkapital übersteigen (§ 35 Abs 1 Z 7 GmbHG), würde gerade bei der Austrian Limited mit dem typischerweise geringen Nennkapital zu hypertrophen und absurden Zustimmungsnotwendigkeiten führen. Die Übernahme dieser Regelung aus dem GmbHG sollte daher unterbleiben, zumal diese ohnedies – wenn sie außergewöhnliche Geschäfte sind

---

<sup>161</sup> OGH 2 Ob 2146/96v SZ 69/254; *Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer*, ÖGesR<sup>2</sup> Rz 4/280 ff; *Entleitner*, Ausgewählte Beschränkungen der vertraglichen Gestaltungsfreiheit im GmbH-Recht, NZ 2018, 281 (282)

<sup>162</sup> Dies in Anlehnung an § 30j Abs 5 Z 10 GmbHG und § 95 Abs 5 Z 12 AktG.

<sup>163</sup> Zur *Holz Müller*-Doktrin siehe *J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer in Artmann/Karollus*, AktG<sup>6</sup> § 84 Rz 46 f mwN aus der deutschen und österreichischen Rsp und Literatur. Ferner OGH 6 Ob 38/18h ecolex 2018, 1004.

<sup>164</sup> Ferner unter Rezeption der §§ 237 und 238 AktG; s auch *J. Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht<sup>1</sup> 572; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht<sup>5</sup> 391; s auch *Koppensteiner*, RdW 1985, 171; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 49 Rz 18ff; *Artmann*, Gesellschaftsrechtliche Fragen der Organschaft (2004) 149ff; *Rüffler*, Lücken im Umgründungsrecht (2002) 23ff, 30f und 44ff.

– und soweit sie nicht in einem allenfalls genehmigten Budget enthalten sind, der Zustimmung bedürfen und daher für solche außergewöhnlichen Investitionen die Zustimmung der Gesellschafter einzuholen wäre.

Eine qualifizierte Mehrheit für näher zu definierende Anlageninvestitionen nach dem Vorbild des § 35 Abs 1 Z 7 GmbHG schlagen wir nicht vor. Wir fürchten, dass es unmöglich ist, für die Zustimmungspflicht im Gesetz eine fixe oder eine dynamische Kennzahl oder Betragsgrenze<sup>165</sup> zu regeln, die für alle oder die meisten Austrian Limiteds in allen Phasen der Unternehmensentwicklung passend ist. Diese Regelung sollte daher der privatautonomeren Entscheidung der Gesellschafter überlassen werden.

Jedenfalls sollten „Ersatzinvestitionen“ für vorhandene Maschinen, Geräte und Anlagen im Gesetz aber von der Zustimmungspflicht ausdrücklich ausgenommen werden, um nicht geschäftsschädigende Blockaden durch Gesellschaftergruppen zu ermöglichen.

### **5.2.2 Einzelne Regelungen für einen fakultativen Beirat (Advisory Board) und eine „begleitende Kontrolle“**

Genauso wie bei einer GmbH<sup>166</sup> und bei einer Aktiengesellschaft<sup>167</sup> soll die Austrian Limited im Sinne der Vertragsfreiheit einen **Beirat** einrichten können. Keine Bedenken bestehen dagegen, dass dem Beirat auch die Geschäftsführer oder einzelne von ihnen angehören können. Denn dadurch kann neben der Flexibilität auch die Sachkunde – die Nähe am Geschehen der Austrian Limited – sichergestellt und eine – wie es beim Aufsichtsrat tendenziell der Fall ist – von der Geschäftsführung abgekoppelte und daher nicht ausreichend informierte Entscheidungsfindung vermieden werden. Auf diese Weise werden die in der Regel besser informierten Geschäftsführer stärker in Entscheidungen, die im Beirat (Advisory Board) getroffen werden, eingebunden und lassen sich Kommunikationsprobleme sowie Informationsdefizite besser vermeiden. Zugleich müssen Geschäftsführer eines auf Wachstum ausgerichteten Startups in alle Kapitalrunden und deren Vorbereitung eingebunden sein; sie stellen die Geschäftspläne auf, die für Investoren und

---

<sup>165</sup> Die etwa an den Cash-Flow oder den Bilanzgewinn des Vorjahres anknüpft: Vgl OGH 6 Ob 105/19p AnwBl 2020, 275: dort war die Zustimmungspflicht von Investitionen an einen Betrag in Höhe von 2 % des Vorjahresumsatzes geknüpft.

<sup>166</sup> J. Reich-Rohrwig, Der Beirat der GmbH, ÖJZ 1981, 509 ff; Huber, Fakultativer Aufsichtsrat, Beirat und Arbeitnehmer-Mitwirkung in der GmbH, eolex 1995, 807 f; Heidinger, Aufgaben und Verantwortlichkeit von Aufsichtsrat und Beirat der GmbH (1989).

<sup>167</sup> Haberer/Zehetner in Artmann/Karollus, AktG6 § 62 Rz 38; Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> § 74 Rz 2.

Kapitalgeber essentiell sind, und geben ihnen Auskunft<sup>168</sup>, sie erläutern anlässlich der road shows das Geschäftsmodell der Gesellschaft, das Erreichte und die Ziele.

Die Ausgestaltung des Beirats und dessen Aufgaben sollen im Sinne der Vertragsfreiheit und Flexibilität durch den Gesellschaftsvertrag oder durch eine Geschäftsordnung, zu deren Erlass der Gesellschaftsvertrag ermächtigen kann, geregelt werden.

Als typische Aufgaben eines Beirats, wie sie in der Praxis häufig geregelt werden, sind zu nennen:

- Erörterung, Überwachung der Einhaltung sowie der laufenden Anpassung der strategischen Ausrichtung des Unternehmens in Zusammenarbeit mit der Geschäftsführung;
- Einbindung in den Planungsprozess, Erörterung und allenfalls Zustimmung zum Jahresbudget (Vorschaurechnung) und zur Finanzierung;
- Entgegennahme von Berichten über den Gang der Geschäfte und den Erfolg der unternehmerischen Aktivitäten (Quartalsberichte, einschließlich der Abweichungen von der jeweiligen Vorschaurechnung) und deren kritische Würdigung;
- nähere Kontrolle der Einhaltung und Erfüllung der Geschäftsführungsaufgaben durch die Geschäftsführung;
- Maßregeln zur Überwachung der Geschäftsführung;
- Einbindung in die Finanzierung und in Kapitalmaßnahmen, die die Geschäftsführung plant oder durchführt; Überwachung der Liquidität der Gesellschaft;
- die Erteilung der Zustimmung zu näher definierten Geschäften und Maßnahmen, allenfalls auch die Erteilung von Weisungen an die Geschäftsführung;
- die Erteilung von Empfehlungen an die Gesellschafterversammlung;
- wenn dies der Gesellschaftsvertrag vorsieht, die Bestellung, Suspendierung und Aberufung von Geschäftsführern und der Abschluss, die Abänderung und die Auflösung von Dienstverträgen mit Geschäftsführern.

Es sollte klargestellt werden, dass auf einen fakultativen Beirat die gesetzlichen Bestimmungen über den Aufsichtsrat nicht zur Anwendung kommen. Insbesondere findet eine Arbeitnehmermitbestimmung im Beirat (Advisory Board) nicht statt. Klargestellt werden sollte,

---

<sup>168</sup> Dass solche Auskünfte gegebenenfalls, falls sie unvertretbar falsch sind, im Sinne einer Prospekthaftung, eines konkludenten Vertrages über Rat und Auskunft oder bei Inanspruchnahme persönlichen Vertrauens persönlich haftbar machen können, sei nur am Rande erwähnt. Siehe näher *J. Reich-Rohrwig/C, Grossmayer in Artmann/Karollus, AktG* § 84 Rz 571 ff, 577 mwN aus der österr und dt Rechtsprechung und Literatur.

dass eine Arbeitnehmermitbestimmung selbst dann nicht stattfindet, wenn die Voraussetzungen für einen zwingenden Aufsichtsrat gegeben sind.<sup>169</sup> Davon unbenommen sind die Vorschriften über den gesetzlichen Aufsichtsrat und die Arbeitnehmermitbestimmung im Aufsichtsrat, wie sie derzeit in § 110 ArbVG geregelt ist. Der Gesetzeswortlaut von § 110 ArbVG wäre daher insoweit explizit um die Rechtsform der Austrian Limited zu erweitern.

Für den fakultativen Beirat (Advisory Board) können schuldrechtliche Verträge, die insbesondere die Vergütung aber auch eine Haftungsbeschränkung regeln, abgeschlossen werden.

Als fakultatives Organ kann der Beirat auch „gemischt“ – nämlich aus Gesellschaftern, Geschäftsführern, (leitenden) Mitarbeitern, freien Dienstnehmern und Konsulenten (also Fachleuten, die regelmäßig oder ad hoc beigezogen werden) – besetzt werden. Die starre hierarchische Zusammensetzung des Aufsichtsorgans Aufsichtsrat, wie sie sowohl das AktG als auch das GmbHG vorschreiben, ist für den Informationsfluss und für die Bündelung der Kenntnisse aus dem Unternehmen, des Marktes und der technologischen Entwicklungen und für die ständige Beratschlagung unter Einbeziehung externer Fachleute und Gesellschafter eher nachteilig und praxisfern.

Die Gesellschafter müssen auch die Möglichkeit haben, eine „begleitende Kontrolle“ einzurichten, die den Gesellschaftern direkt untersteht. Der Begriff der „**begleitenden Kontrolle**“ hat sich vor allem bei Großprojekten der öffentlichen Hand herausgebildet. Die „begleitende Kontrolle“ ist ein sinnvolles Kontrollinstrument für jegliche Projekte und sollte daher naturgemäß auch bei Startups zur Anwendung kommen können, zumal es betriebswirtschaftlich sinnvoll ist, allfällige Fehlentwicklungen oder Verbesserungsmöglichkeiten frühzeitig zu erkennen, um alsbald (Gegensteuerungs-) Maßnahmen setzen zu können. Die begleitende Kontrolle kann entweder der Gesamtheit der Gesellschafter oder einzelnen Gesellschaftern oder Gesellschaftergruppen übertragen werden. Die Befugnisse der begleitenden Kontrolle – seien es bloße Kontrollaufgaben, seien es auch Weisungsbefugnisse – können im Gesellschaftsvertrag oder in einer Geschäftsordnung geregelt werden.

### 5.2.3 Einzelne Regelungen für den zwingenden Aufsichtsrat

Wir empfehlen, für die neue Rechtsform der Austrian Limited die Regelungen über den Aufsichtsrat gemäß §§ 29 bis 33 GmbHG zu übernehmen. Danach ist der Aufsichtsrat grundsätzlich kein zwingendes Organ der Austrian Limited. Vielmehr steht es den Gesellschaftern grundsätzlich frei, einen Aufsichtsrat einzurichten („fakultativer Aufsichtsrat“). Nur in den Fällen des § 29 GmbHG und anderer gesetzlich zwingender Aufsichtsratspflicht

---

<sup>169</sup> So aber OGH 9 ObA 130/05s SZ 2006/138; ablehnend schon *Huber, ecolex* 1995, 807 ff; *Auer*, Zum GmbH-Beirat, der ein fakultativer Aufsichtsrat sein soll *GES* 2007, 183 ff, *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 35 Rz 54.

ist ein Aufsichtsrat zu bestellen („gesetzlich obligatorischer Aufsichtsrat“). Auch eine Abschlussprüfung sollte bei der Austrian Limited wie bei der GmbH erst ab bestimmten Schwellen (§§ 221 Abs 1 iVm 268 Abs 1 UGB) zwingend erforderlich sein. Der Prüfbericht über die Abschlussprüfung sollte – dem generellen Sprachkonzept der Austrian Limited entsprechend – zumindest auch in englischer Sprache erstellt werden können.

**Arbeitnehmermitbestimmung:** Auch § 110 Abs 5 ArbVG über den mitbestimmten Aufsichtsrat einer GmbH sollte unseres Erachtens für die Austrian Limited sinngleich übernommen werden. Legistisch ist daher in § 110 Abs 5 ArbVG die Aufzählung der Rechtsformen um jene der Austrian Limited zu erweitern.

Im Sinne der gewünschten Flexibilität und Vertragsfreiheit sollte auch die Möglichkeit eröffnet werden, dem Aufsichtsrat – oder, wie erwähnt, einem Beirat – das Recht zur Bestellung, zur Suspendierung und zur Abberufung von Geschäftsführern (einschließlich des Abschlusses und der Beendigung der Anstellungsverträge mit den Geschäftsführern) einzuräumen.<sup>170</sup>

#### **5.2.4 Monistisches System (Verwaltungsrat) als Alternative zu Geschäftsführung/zwingender Aufsichtsrat**

Falls in der Austrian Limited ein Aufsichtsrat gesetzlich zwingend zu bestellen ist, sollte es im Sinne der Flexibilität und Vertragsfreiheit gestattet sein, dass die Austrian Limited statt des dualistischen Systems (Geschäftsführung und Aufsichtsrat) das monistische System eines Verwaltungsrats (Board) wählt.

Für den Verwaltungsrat sind eigene gesetzliche Regelungen über seine Funktionsweise, seine Aufgaben und Rechte, die Bestellung von Mitgliedern des Verwaltungsrats, die Bestellung durch das Gericht, die Abberufung, Änderungen des Verwaltungsrats und die Vertretungsbefugnis seiner Mitglieder, die Geschäftsführung, die innere Ordnung des Verwaltungsrats, seine Einberufung, die Teilnahme an Sitzungen und alternativ über die elektronische Kommunikation anstelle von Sitzungen, die Vergütung und das Wettbewerbsverbot seiner Mitglieder, die Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Mitglieder des Verwaltungsrats, die geschäftsführenden Direktoren und deren Aufgaben unter sinnvoller Übernahme der §§ 38 bis 60 SE-Gesetz – jedoch mit Regelungsvorrang für die aus dem GmbH-Recht übernommenen und oben angeführten Regelungen der Geschäftsführer und Aufsichtsrat – sinngemäß zu übernehmen.

---

<sup>170</sup> Siehe auch *Engin-Deniz*, *ecolex* 2019, 963.

Der Verwaltungsrat hat aus zumindest drei Mitgliedern zu bestehen, und zwar aus wenigstens einem geschäftsführenden Mitglied und aus zumindest zwei nicht geschäftsführenden Mitgliedern. Soweit dem Aufsichtsrat Arbeitnehmervertreter angehören würden, kommt die Entsendung von einem oder mehreren Arbeitnehmervertretern in den Verwaltungsrat im Rahmen der Drittelparität als weitere nicht geschäftsführende Mitglieder in Betracht. Die Arbeitnehmervertreter sind von der aktiven und passiven Vertretung der Gesellschaft, nicht jedoch von der Willensbildung innerhalb des Verwaltungsrats, explizit auszuschließen.<sup>171</sup>

Im Übrigen sind die Regelungen des § 110 ArbVG entsprechend zu erweitern, sodass die Arbeitnehmervertreter, die in den Verwaltungsrat als nicht geschäftsführende Mitglieder entsandt werden, eine – unter Bedachtnahme auf die in vergleichbaren Fällen einer GmbH den entsandten Arbeitnehmervertretern als Aufsichtsratsmitgliedern zukommenden Befugnisse, Aufgaben und Pflichten – entsprechende Stellung haben.

### **5.2.5 Aufgaben und Haftung der Geschäftsführungsorgane (Geschäftsführer, Beirat, Aufsichtsrat, Verwaltungsrat)**

Die Aufgaben und die Haftung der Geschäftsführer wurden bereits oben zu Punkt 5.2.1<sup>172</sup>, jene des Beirats oben zu Punkt 5.2.2 und jene des Aufsichtsrats zu Punkt 5.2.3 besprochen. Für den Aufsichtsrat sollte – wenn man unserem Vorschlag folgt, die Regelungen der §§ 29 bis 33 GmbHG weitgehend zu übernehmen – dasselbe Haftungsregime mit sinngemäßem Verweis auf jenes der Geschäftsführer gelten.

Für die Haftung der Mitglieder des Verwaltungsrats müsste man durch entsprechende Verweise dasselbe Ergebnis herstellen: Die Haftung geschäftsführender Mitglieder würde sich nach denselben Regeln wie jene über die Haftung von Geschäftsführern richten, jene nicht geschäftsführender Mitglieder nach jenen über die Haftung von Aufsichtsratsmitgliedern. Auf unseren Vorschlag, die Haftung der Organmitglieder für das Innenverhältnis nach Maßgabe des Dienstnehmerhaftpflichtgesetzes beschränken zu können,<sup>173</sup> ist nochmals hinzuweisen (siehe schon oben Punkt 5.2.1).

---

<sup>171</sup> Siehe auch im Zusammenhang mit der Insolvenzanmeldung unten zu Punkt 9.2.1 und mit ihrer Nicht-Haftung für Abgabenverbindlichkeiten unten Punkt 14.6.

<sup>172</sup> Siehe ferner zu den Punkten 14.5 und 14.6.

<sup>173</sup> Nach US-Delaware-Recht ist die Vereinbarung von Haftungsbeschränkungen in weit größerem Umfang möglich: Siehe *Wachter/Ovadias/Call*, Vorstandshaftung in den USA (Delaware), *ecolex* 2018, 609 (610).

## 5.3 Dritter Abschnitt: Beschlussfassung in der Gesellschaft

### 5.3.1 Kommunikation zwischen den Gesellschaftern und der Gesellschaft

Im Sinne der Zielvorgaben einer möglichst flexiblen Anteilsvergabe und der Prämisse der generellen Formfreiheit (vgl dazu bereits 3.1.1) sollte auch die Kommunikation zwischen den Gesellschaftern und die Beschlusserfordernisse modernisiert und flexibilisiert werden.

Der Privatautonomie entspricht es, dass die Gesellschafter entscheiden, auf welche Weise gesellschaftsintern kommuniziert werden soll. Das gilt nicht nur für die informelle Korrespondenz zwischen den Gesellschaftern, sondern auch für die Entscheidung, in welcher Form Gesellschafterversammlungen wirksam einberufen, Unterlagen wie etwa die Niederschrift der Gesellschafterversammlung zugestellt und Umlaufbeschlüsse gefasst werden können. Im GmbHG gilt allerdings mangels gesellschaftsvertraglicher Regelung, dass etwa die Einberufung der Generalversammlung mittels rekommandierter Schreiben (Einschreibsendung) vorzunehmen ist.<sup>174</sup> Außerdem zeigt die Praxis, dass in jenen Fällen, in denen die Gesellschaft den Beweis zu führen hat, dass ein wirksamer Zugang beim Gesellschafter vorliegt, in der Regel per rekommandiertem Schreiben zugestellt wird. Der Beweis des wirksamen Zugangs ist ansonsten nahezu unmöglich zu führen.

Bei der Austrian Limited sollte es möglich sein, dass die Gesellschafter sich auch auf andere Arten der Übermittlung von Unterlagen einigen können und diese im Gesellschaftsvertrag festlegen. Zu denken ist etwa zunächst an Zustellungen per E-Mail an die der Gesellschaft zuletzt bekanntgegebene E-Mailadresse jedes Gesellschafters.<sup>175</sup> Zum Nachweis einer ordnungsgemäßen Einberufung bzw. Versendung eines Umlaufbeschlusses sollte es dann allerdings ausreichen, wenn die Gesellschaft nachweist, dass sie die Unterlagen an die entsprechenden E-Mailadressen der Gesellschafter versendet hat. Wenn sich ein Gesellschafter auf diese Art der Kommunikation mit seinen Mitgesellschaftern und der Gesellschaft im Gesellschaftsvertrag geeinigt hat, liegt es in der Sphäre des Gesellschafters, die entsprechenden Vorkehrungen zu treffen, um die tatsächliche Kenntnisnahme der E-Mails sicherzustellen. So liegt es etwa an den Gesellschaftern, Änderungen der E-Mailadresse rechtzeitig der Gesellschaft bekanntzugeben und regelmäßig die E-Mails abzurufen. Auch in der Sphäre des Gesellschafters liegt es, den Inhalt des Spam Ordners zu überprüfen bzw. entsprechende technische Einstellungen vorzunehmen, dass Mitteilungen der Gesellschaft nicht dort landen (zB Einstellungen im Spamfilter). Dieser

---

<sup>174</sup> *Aburumieh/Gruber in Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer, GmbHG § 38 Rz 1; Baumgartner/Mollhuber/U. Torggler in U. Torggler, GmbHG § 38 Rz 3.*

<sup>175</sup> Vgl für die GmbH nur *Bankler in J. Reich-Rohrwig/Ginthör/Gratzl, Generalversammlung der GmbH Rz 262 mwN.*

Gedanke findet sich bis zu einem gewissen Grad schon jetzt in der gesellschaftsrechtlichen COVID-19-Verordnung. Gemäß § 2 Abs 6 COVID-19-GesV ist die Gesellschaft für den Einsatz von technischen Kommunikationsmitteln nur insoweit verantwortlich, als diese ihrer Sphäre zuzurechnen sind.

Würde man der Gesellschaft den Beweis des Empfangs des E-Mails beim Gesellschafter aufbürden, würde dies sämtliche Bemühungen zur Digitalisierung und Vereinfachung der Kommunikation unter den Gesellschaftern zunichtemachen, weil es derzeit in der Praxis schlicht unmöglich ist, diesen Beweis zu erbringen. Auch Lese- oder Empfangsbestätigungen eignen sich dafür nicht, weil diese nicht automatisch, sondern nur mit Zustimmung des Empfängers versendet werden. Ein Gesellschafter könnte den wirksamen Zugang einer Nachricht somit durch den mangelnden Versand einer Lesebestätigung einfach verhindern, was ein erhebliches Missbrauchspotential birgt.

Alternativ könnten Gesellschafter auch digitale Postfächer zur Kommunikation nutzen. Dazu stehen unterschiedlichste technische Lösungen bereits zur Verfügung, mit deren Hilfe es möglich ist, einen virtuellen Datenraum für eine bestimmte Personengruppe zu nutzen. Wird ein Dokument in diesen Datenraum eingestellt, werden sämtliche Berechtigte durch Versand einer automatisch generierten E-Mail-Benachrichtigung auf die im Portal hinterlegte E-Mailadresse des Berechtigten benachrichtigt. Diese Art der elektronischen Zustellung wird auch schon für behördliche Zustellungen verwendet.<sup>176</sup>

### 5.3.2 Gesellschafterversammlung

Das GmbHG regelt die Generalversammlung in den §§ 34 bis 44. Die Generalversammlung ist bekanntlich das Willensbildungsorgan der Gesellschafter und – anders als in der AG – das höchste Gesellschaftsorgan.<sup>177</sup> Die Generalversammlung kann auch in Geschäftsführungsangelegenheiten entscheiden, jede Entscheidung an sich ziehen und der Geschäftsführung bindende Weisungen erteilen.<sup>178</sup> In § 35 Abs 1 GmbHG ist ein (nicht abschließender) Katalog von Kompetenzen aufgezählt, die grundsätzlich den Gesellschaftern zugewiesen sind.<sup>179</sup> Die Hauptversammlung der Aktiengesellschaft ist hingegen in Fragen der Geschäftsführung nicht oberstes Willensbildungsorgan.<sup>180</sup> Nach dem Leitbild der Publi-

---

<sup>176</sup> Siehe näheres dazu unter <https://www.bmdw.gv.at/Services/ElektronischeZustellung.html>; auch Finanz-Online verwendet diese Art der Zustellung für Mitteilungen und Bescheide der Finanzämter.

<sup>177</sup> Siehe auch *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, ÖGesR<sup>2</sup> Rz 4/275 f.

<sup>178</sup> Siehe nur *J. Reich-Rohrwig* in *J. Reich-Rohrwig/Ginthör/Gratzl*, Generalversammlung der GmbH (2014) Rz 43 ff.

<sup>179</sup> *Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 35 Rz 1 f.

<sup>180</sup> *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, ÖGesR<sup>2</sup> Rz 3/715.

kumsgesellschaft, das von einer Vielzahl von Aktionären geprägt ist, die ein rein finanzielles Interesse an der Gesellschaft haben, ist die Leitung der Gesellschaft von der Aktionärsstellung losgelöst und der Vorstand ist gegenüber der Hauptversammlung grundsätzlich weisungsfrei.<sup>181</sup>

Da die Austrian Limited als neue Rechtsform insbesondere für Startups attraktiv sein soll und (internationale) Investoren regelmäßig eine gewisse Kontrolle sowie direkten Einfluss auf die Geschäftsführung haben wollen, sollten die Willensbildung und die Einflussmöglichkeit der Gesellschafter eher dem Leitbild der GmbH nachgebildet werden als jenem der AG. Das Kompetenzgefüge der Austrian Limited sollte mit einigen Modifikationen (siehe schon Punkt 5.2) somit an jenes der GmbH angelehnt werden. Auch für die Austrian Limited empfiehlt sich jedenfalls, einen klar definierten Katalog der zustimmungspflichtigen Geschäfte in das Gesetz aufzunehmen (siehe schon Punkt 5.2.1).

#### a) Einberufung

Die Gesellschafterversammlung der Austrian Limited sollte wie bei der GmbH grundsätzlich durch die Geschäftsführer einberufen werden. In Anlehnung an § 37 GmbHG sollte auch eine Minderheit von 10 % die Einberufung einer Gesellschafterversammlung verlangen und diese auch selbst einberufen können, wenn die Geschäftsführung ihrem Verlangen nicht entspricht. Anzudenken ist, dass Gesellschafter, die allein oder zusammen über eine Beteiligung von 50 % des Nennkapitals verfügen, auch selbst direkt einberufen können.

Für die GmbH regelt § 38 Abs 1 GmbHG, dass die Einberufung in der durch den Gesellschaftsvertrag bestimmten Form zu veröffentlichen ist. Fehlt eine gesellschaftsvertragliche Regelung, muss mittels rekommandierter Schreiben (Einschreibsendung) einberufen werden.<sup>182</sup> Zwischen der Aufgabe zur Post und dem Termin der Generalversammlung muss dann ein Zeitraum von mindestens sieben Tagen liegen. Für die Austrian Limited sollte gesetzlich verankert werden, dass Gesellschafterversammlungen jedenfalls auch per E-Mail einberufen werden können (siehe dazu bereits 5.3.1).<sup>183</sup> Die Mindestfrist von sieben Tagen könnte aus dem GmbH-Recht übernommen werden. Für ordentliche Gesellschafterversammlungen könnte entsprechend dem Vorbild der Aktiengesellschaft im Gegensatz zu außerordentlichen Gesellschafterversammlungen auch eine längere Frist (zB

---

<sup>181</sup> Siehe näher *J. Reich-Rohrwig* in *Artmann/Karollus*, AktG<sup>6</sup> § 70 Rz 38 ff, 55 f.

<sup>182</sup> *Aburumieh/Gruber* in *Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG § 38 Rz 1; *Baumgartner/Mollhuber/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 38 Rz 3.

<sup>183</sup> Vgl für die GmbH nur *Bankler* in *J. Reich-Rohrwig/Ginthör/Gratzl*, Generalversammlung der GmbH Rz 262 mwN.

14 Werktagen) vorgesehen werden, um eine ausreichende Vorbereitungsmöglichkeit zu gewährleisten.

#### b) Virtuelle Versammlungen

Sowohl die Generalversammlung der GmbH<sup>184</sup> als auch die Hauptversammlung der AG<sup>185</sup> sind grundsätzlich als Präsenzversammlung konzipiert. Gesellschafter einer Austrian Limited sollten jedoch unter Nutzung einer elektronischen Kommunikationsmöglichkeit an Gesellschafterversammlungen teilnehmen und ihre Rechte ausüben können. Diese Möglichkeit ist der österreichischen Rechtsordnung auch nicht fremd. Bereits durch das AktRÄG 2009<sup>186</sup> wurden Formen der elektronischen Teilnahme an Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften eingeführt. In § 102 Abs 3 AktG ist seither geregelt, dass die Satzung vorsehen kann oder den Vorstand ermächtigen kann vorzusehen, dass die Aktionäre an der Hauptversammlung im Weg elektronischer Kommunikation teilnehmen und auf diese Weise einzelne oder alle Rechte ausüben können.<sup>187</sup>

Daneben war es in der Literatur bereits anerkannt, dass auch in virtuellen Aufsichtsratsitzungen wirksame Beschlüsse gefasst werden können, wenn es sich dabei um qualifizierte Videokonferenzen, also solche mit durchgängigem Sicht- und Hörkontakt handelt und die Authentizität der Diskussion gewährleistet werden kann.<sup>188</sup>

Aufgrund der Corona-Pandemie und des in weiterer Folge angeordneten weitgehenden Verbotes von physischen Zusammentreffen mehrerer Personen an einem Ort erließ der österreichische Gesetzgeber ein eigenes „Bundesgesetz betreffend besondere Maßnahmen im Gesellschaftsrecht aufgrund von COVID-19 (Gesellschaftsrechtliches COVID-19-Gesetz – COVID-19-GesG)“.<sup>189</sup> Auf dessen Grundlage wurde eine „Verordnung der Bundesministerin für Justiz zur näheren Regelung der Durchführung von gesellschaftsrechtlichen Versammlungen ohne physische Anwesenheit der Teilnehmer und von Beschlussfassungen auf andere Weise (Gesellschaftsrechtliche COVID-19-Verordnung – COVID-19-GesV)“<sup>190</sup> erlassen. Durch das COVID-19-GesG wurde unter anderem vorgesehen, dass

---

<sup>184</sup> Baumgartner/Mollhuber/U. Torggler in U. Torggler, GmbHG § 34 Rz 7.

<sup>185</sup> Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, ÖGesR<sup>2</sup> Rz 3/750.

<sup>186</sup> BGBl I 2009/71.

<sup>187</sup> Vgl dazu Bydlinski/Potyka in Artmann/Karollus, AktG<sup>6</sup> § 102 Rz 25.

<sup>188</sup> Zollner, Aufsichts- und Handlungsinstrumente des Aufsichtsrats, in Kalss/Kunz, Handbuch Aufsichtsrat (2016) Rz 22/59.

<sup>189</sup> Artikel 32 2. COVID-19-Gesetz, BGBl I 2020/16. Dazu etwa eingehend Fiala/Potyka, Gesellschaftsrecht in Zeiten des Corona-Virus, RdW 2020, 308; Told/Neumaier, Willensbildung der Kapitalgesellschaften in absentia, wbl 2020, 361 ff.

<sup>190</sup> BGBl II 2020/140.

gesellschaftsrechtliche Versammlungen – davon umfasst sind insbesondere Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften und Generalversammlungen von GmbHs, aber auch Aufsichtsratssitzungen – in virtueller Form abgehalten werden können.<sup>191</sup> Bei einer virtuellen Versammlung handelt es sich danach um eine Art der Videokonferenz ohne physische Anwesenheit der Teilnehmer, bei der sich alle Teilnehmer zu Wort melden und ihre Stimme abgeben können. Technisch muss grundsätzlich eine akustische und optische Zweiweg-Verbindung in Echtzeit gegeben sein, die eine entsprechende Datenverbindung voraussetzt. Sollten einzelne Teilnehmer nicht über die technischen Voraussetzungen verfügen, können diese Personen auch über eine rein akustische Verbindung (zB Telefon) zugeschaltet werden. Auch diese rein akustisch teilnehmenden Personen gelten als vollwertige Teilnehmer der Versammlung (und sind daher auch bei der Feststellung eines allfälligen Präsenzquorums mitzuzählen).

Grundsätzlich ist keine besondere Identitätsfeststellung der teilnehmenden Personen notwendig. Sollten aber einzelne Teilnehmer nicht bekannt sein und Anlass zu Zweifeln bestehen (zB bei der erstmaligen Teilnahme einer bislang unbekannt Person), sind geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um die Identität zu überprüfen (zB durch die Bitte, einen Lichtbildausweis vor die Kamera zu halten<sup>192</sup>).

Die Gesellschaft ist für den Einsatz von technischen Kommunikationsmitteln nur insoweit verantwortlich, als diese ihrer Sphäre zuzurechnen sind. Für die technischen Vorkehrungen der einzelnen Teilnehmer sind diese selbst verantwortlich.<sup>193</sup>

Mit der Einführung virtueller Versammlungen durch das COVID-19-GesG gibt es ein gesetzliches Vorbild, das für die neue Rechtsform herangezogen werden kann. Die bisherigen Regelungen gelten jedoch – zumindest vorerst – nur bis 31.12.2020.<sup>194</sup> Für die Austrian Limited sollte die Möglichkeit virtueller Versammlungen jedenfalls dauerhaft geschaffen werden.

Wie schon bei der GmbH sollte es auch bei der Austrian Limited möglich sein, die Art der Einberufung bzw den Ort der Gesellschafterversammlung – neben dem Sitz der Gesell-

---

<sup>191</sup> Vgl dazu ua *Kalss/Hollaus*, Flexibilisierung des Gesellschaftsrechts – ein weitreichender Schritt durch das Gesellschaftsrechtliche COVID-19-Gesetz, *GesRZ* 2020, 86; *Wenger/Ebner*, Virtuelle Versammlungen nach dem COVID-19-Gesetz, *RWZ* 2020, 109; *Fiala/Potyka*, *RdW* 2020, 308; *Told/Neumaier*, *wbl* 2020, 361.

<sup>192</sup> Erlass vom 8.4.2020 zur Verordnung der Bundesministerin für Justiz zur näheren Regelung der Durchführung von gesellschaftsrechtlichen Versammlungen ohne physische Anwesenheit der Teilnehmer und von Beschlussfassungen auf andere Weise, S 4.

<sup>193</sup> *Told/Neumaier*, *wbl* 2020, 366.

<sup>194</sup> § 4 Abs 2 COVID-19-GesG, Artikel 35 4. COVID-19-Gesetz, *BGBl I* 2020/24.

schaft – im Gesellschaftsvertrag festzusetzen. Dabei sollte auch eine Kombination vorgesehen werden können, sodass an einer Präsenzversammlung auch virtuell teilgenommen werden kann, um dem Bedürfnis internationaler Investoren zu entsprechen. Keinesfalls darf dem Einberufungsorgan oder dem Mehrheitsgesellschafter die beliebige Festsetzung im Einzelfall überlassen werden, die zum faktischen Ausschluss einzelner Gesellschafter führt.<sup>195</sup>

c) Vorsitzender, Niederschrift

Der Vorsitz in der Generalversammlung ist im GmbH-Recht nicht gesetzlich geregelt. Gesellschafterbeschlüsse einer Generalversammlung sind daher so gefasst, wie es der gesetzlichen Rechtslage in Anbetracht der von den Gesellschaftern rechtens abgegebenen Stimmen, unter Nichtberücksichtigung der vom Stimmrecht ausgeschlossenen oder nicht ordnungsgemäß vertretenen Gesellschafter entspricht.<sup>196</sup>

Manchmal regelt der Gesellschaftsvertrag einer GmbH, dass den Vorsitz in der Generalversammlung ein namentlich angeführter Gesellschafter oder ein zu wählender Vorsitzender<sup>197</sup> führt<sup>198</sup>. Über die Gültigkeit von abgegebenen Stimmen – etwa auch solchen, die entgegen einem Stimmrechtsausschluss abgegeben werden –, über das Erreichen der anwendbaren Mehrheit bzw Ablehnung eines Beschlussantrages und über den konkreten Umfang der Protokollierung entscheidet dann in der Regel ebenfalls der Vorsitzende. Dieses Konzept birgt ein nicht unerhebliches Missbrauchspotential, das Mehrheitsgesellschafter in der Praxis mitunter auch skrupellos ausnutzen. Minderheitsgesellschafter können sich dagegen dann nur schwer und mit erheblichem Kostenaufwand zur Wehr setzen. Auch dieser Umstand wird von Mehrheitsgesellschaftern vielfach ausgenützt, wenn sie davon ausgehen, dass sie selbst bzw die Gesellschaft eher zum Tragen der Kosten eines Rechtsstreits in der Lage sind als der Minderheitsgesellschafter<sup>199</sup> und dieser – selbst im Falle seines Obsiegens im Rechtsstreit – die Kosten als Gesellschafter der Gesellschaft quasi anteilig mittragen würde.

Unseres Erachtens ist die Rechtslage, dass das Gesetz – anders als bei der auf die börsennotierte Publikumsgesellschaft zugeschnittenen Rechtsform der Aktiengesellschaft – keinen Leiter der Generalversammlung regelt, beizubehalten. Im Sinne der Vertragsfreiheit

---

<sup>195</sup> *J. Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht<sup>1</sup> 332; *Gratzl* in *J. Reich-Rohrwig/Ginthör/Gratzl*, Generalversammlung der GmbH Rz 412.

<sup>196</sup> So auch OGH 6 Ob 183/18g uHa *J. Reich-Rohrwig/Ginthör/Gratzl*, Handbuch Generalversammlung der GmbH (2014) Rz 627.

<sup>197</sup> Vgl RIS-Justiz RS0127004.

<sup>198</sup> Vgl *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, ÖGesR<sup>2</sup> Rz 4/184.

<sup>199</sup> Siehe dazu ausführlich *J. Reich-Rohrwig*, Beschlussunfähigkeit der GmbH-Generalversammlung, Stimmrechtsausschluss und Leiter der Generalversammlung, GesRZ 2020, Heft 4.

kann der Gesellschaftsvertrag einen Vorsitzenden regeln. Andernfalls können die Gesellschafter einen solchen mit satzungsändernder Mehrheit ad hoc bestellen. Den gegebenenfalls bestellten Leiter der Generalversammlung sollte, um Missbräuche unattraktiv zu machen, eine Sachverständigenhaftung im Sinne des § 1299 ABGB treffen.

Um Missbräuche durch den Mehrheitsgesellschafter bzw den oft von ihm gesteuerten Versammlungsleiter<sup>200</sup> bei der Protokollierung der Versammlung und bei Beschlussfassungen hintanzuhalten, könnten entsprechende Begleitmaßnahmen für Gesellschafterversammlungen zugelassen werden. So könnte beispielsweise der integrierte Chatverlauf von Videokonferenzprogrammen (zB Microsoft Teams, Skype oder Zoom) für die Beschlussfassung verwendet werden, um das Abstimmungsverhalten der einzelnen Gesellschafter zu dokumentieren. Auch eine Aufzeichnung der gesamten virtuellen Versammlung – auch auf Verlangen von Minderheitsgesellschaftern – kommt in Betracht, um den Ablauf der Gesellschafterversammlung und die Beschlussfassungen zu Beweis Zwecken entsprechend festzuhalten.

Um eine größere Flexibilität und kostengünstigere Alternative zur GmbH und AG zu bieten, sollten die Beschlüsse in einer Gesellschafterversammlung einer Austrian Limited keinen zusätzlichen Formerfordernissen unterworfen werden und daher insbesondere keiner notariellen Beurkundung bedürfen.

Die Niederschrift bzw Aufzeichnung der Beschlussfassung ist an die Gesellschafter in der im Gesellschaftsvertrag festgelegten Form zu übermitteln. Die Frist zur Anfechtung der Beschlüsse der Generalversammlung (vgl dazu Punkt 5.3.5) könnte dann – wie auch im GmbH-Recht<sup>201</sup> – mit dem Tag der Absendung der Niederschrift beginnen.

### 5.3.3 Umlaufbeschlüsse der Gesellschafter

#### a) Voraussetzungen für Umlaufbeschlüsse

Das GmbHG sieht in § 34 Abs 1 vor, dass die den Gesellschaftern vorbehaltenen Beschlüsse dann nicht in der Generalversammlung gefasst werden (müssen), wenn sich sämtliche Gesellschafter im einzelnen Fall schriftlich mit der zu treffenden Bestimmung oder doch mit der Abstimmung im schriftlichen Weg einverstanden erklären.<sup>202</sup> In § 34 Abs 2 GmbHG wird ergänzend geregelt, dass bei der Abstimmung im schriftlichen Weg

---

<sup>200</sup> Der Versammlungsleiter hat sein Amt unparteilich auszuüben (siehe etwa OGH 6 Ob 149/19h RdW 2020, 17). In der Praxis ist das freilich nicht immer der Fall.

<sup>201</sup> *Enzinger in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 40 Rz 9.

<sup>202</sup> Vgl *Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler in U. Torggler*, GmbHG § 34 Rz 12 f; *Enzinger in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 34 Rz 61.

die nach dem Gesetz oder Gesellschaftsvertrag erforderliche Mehrheit nicht nach der Zahl der abgegebenen, sondern nach der Gesamtzahl der allen Gesellschaftern zustehenden Stimmen berechnet wird.<sup>203</sup>

Das GmbH-Recht sieht daher nur zwei Konstellationen vor, in denen außerhalb der Generalversammlung ein Beschluss zustande kommen kann: 1. Wenn der Beschluss einstimmig gefasst wird; dann auch formlos. 2. Wenn sämtliche (!) Gesellschafter der Schriftlichkeit des Abstimmungsverfahrens zustimmen.<sup>204</sup> Nach dem GmbH-Recht ist es nicht möglich, die einzelfallbezogene Zustimmung aller Gesellschafter zur schriftlichen Beschlussfassung durch eine generelle Regelung im Gesellschaftsvertrag zu ersetzen.<sup>205</sup> Wenn im Beschlussantrag auf das fehlende Einstimmigkeitserfordernis hingewiesen wurde und sich ein Gesellschafter anschließend an der Abstimmung beteiligt, gilt dies als Zustimmung zur schriftlichen Mehrheitsentscheidung.<sup>206</sup> Der Beschluss selbst kommt dann zustande bzw ist abgelehnt, sobald das gesetzlich oder gesellschaftsvertraglich vorgesehene Konsensquorum erreicht wurde oder endgültig nicht mehr erreichbar ist.<sup>207</sup>

Diese rechtlichen Vorgaben im GmbH-Recht führen in der Praxis zu dem sowohl für Gründer als auch für Investoren unbefriedigenden Ergebnis, dass jeder einzelne Minderheitsgesellschafter einer GmbH Umlaufbeschlüsse verhindern und damit Beschlussfassungen in der Gesellschaft erheblich erschweren und verzögern kann. In der Praxis hat sich gezeigt, dass von Minderheitsgesellschaftern im Wissen um diese Möglichkeit mitunter auch Druck auf die übrigen Gesellschafter aufgebaut wird, um wirtschaftliche Vorteile, zB durch einen Verkauf von Anteilen, zu erlangen. Dadurch kann aus vermeidbaren Gründen ein Diskussionsfeld eröffnet werden, das dem eigentlichen Ziel von Startups im Wege steht.

Das Fassen von Umlaufbeschlüssen sollte bei der Austrian Limited daher nicht davon abhängen, dass sich sämtliche Gesellschafter im Einzelfall mit der schriftlichen Beschlussfassung einverstanden erklären oder an dieser teilnehmen. Es sollte ausreichend sein, wenn alle Gesellschafter zur Teilnahme an der Umlaufbeschlussfassung eingeladen werden und

---

<sup>203</sup> Baumgartner/Mollhuber/U. Torggler in U. Torggler, GmbHG § 34 Rz 14; Enzinger in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 34 Rz 69.

<sup>204</sup> Enzinger in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 34 Rz 61; Baumgartner/Mollhuber/U. Torggler in U. Torggler, GmbHG § 34 Rz 13. Zu anderen Beschlussformen und der analogen Anwendung der Regeln für Umlaufbeschlüsse siehe Harrer in Gruber/Harrer, GmbHG2 § 34 Rz 73 ff und Baumgartner/Mollhuber/U. Torggler in U. Torggler, GmbHG § 34 Rz 18, jeweils mwN.

<sup>205</sup> Baumgartner/Mollhuber/U. Torggler in U. Torggler, GmbHG § 34 Rz 17; Enzinger in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 34 Rz 61.

<sup>206</sup> Baumgartner/Mollhuber/U. Torggler in U. Torggler, GmbHG § 34 Rz 13 mwN.

<sup>207</sup> Harrer in Gruber/Harrer, GmbHG2 § 34 Rz 63; Baumgartner/Mollhuber/U. Torggler in U. Torggler, GmbHG § 34 Rz 14.

der Beschluss von der erforderlichen Mehrheit schriftlich gefasst wird. Voraussetzung dafür ist, dass der Beschlussvorschlag an alle Gesellschafter in der im Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Form versendet wurde (in der Regel wohl an die der Gesellschaft zuletzt bekanntgegebenen

E-Mailadressen). Bei der Abstimmung im schriftlichen Weg sollte dann in Anlehnung an § 34 Abs 2 GmbHG die nach dem Gesetz oder Gesellschaftsvertrag erforderliche Mehrheit nicht nach der Zahl der abgegebenen, sondern nach der Gesamtzahl der allen Gesellschaftern zustehenden Stimmen berechnet werden.<sup>208</sup> Auch bei diesem Konzept findet der Schutz von Minderheitsgesellschaftern Beachtung, weil ihnen auch außerhalb von Gesellschafterversammlungen Informationsrechte zukommen und jeder Beschluss angefochten werden kann (siehe dazu Punkt 5.3.5).

#### b) Form von Umlaufbeschlüssen

Im GmbH-Recht bedeutet Schriftlichkeit der Stimmabgabe bei Umlaufbeschlüssen grundsätzlich eine Unterfertigung im Sinne des § 886 ABGB, also eine eigenhändige Unterschrift.<sup>209</sup> Gemäß § 4 SigG erfüllt auch eine qualifizierte elektronische Signatur das rechtliche Erfordernis einer eigenhändigen Unterschrift, insbesondere der Schriftlichkeit im Sinne des § 886 ABGB. Die in der Praxis verbreiteten elektronischen Signaturprogramme

(zB DocuSign, HelloSign) erfüllen jedoch regelmäßig nicht die Voraussetzungen einer qualifizierten elektronischen Signatur. Teilt man den Gesellschaftern in der Praxis mit, dass sie den Umlaufbeschluss bitte ausdrucken, eigenhändig unterschreiben und anschließend einen pdf-Scan der unterschriebenen Fassung per E-Mail übermitteln mögen,<sup>210</sup> so stößt man häufig auf völliges Unverständnis. Aus unserer Sicht werden solche Vorgaben zurecht als nicht zeitgemäß empfunden.

In der Praxis wird häufig der Wunsch geäußert, dass unter Verwendung von elektronischen Signaturprogrammen (zB DocuSign, HelloSign) unterschrieben werden darf, die nicht den strengen Anforderungen einer qualifizierten elektronischen Signatur (und damit der Schriftlichkeit) entsprechen. Diesem Wunsch sollte für die Austrian Limited generell entsprochen werden. Für Umlaufbeschlüsse sollte daher eine zeitgemäße Beschlussfassung mit elektronischen Signaturprogrammen oder E-Mail ausdrücklich zugelassen

---

<sup>208</sup> Baumgartner/Mollhuber/U. Torggler in U. Torggler, GmbHG § 34 Rz 14.

<sup>209</sup> OGH 6 Ob 290/98k wbl 1999, 324; Baumgartner/Mollhuber/U. Torggler in U. Torggler, GmbHG § 34 Rz 12; Enzinger in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 34 Rz 58.

<sup>210</sup> Siehe zur Zulässigkeit nur RIS-Justiz RS0128981 und Baumgartner/Mollhuber/U. Torggler in U. Torggler, GmbHG § 34 Rz 12.

werden. Dafür gibt es mit der im AktG normierten Textform auch schon ein gesetzliches Vorbild.<sup>211</sup>

Da aber § 886 Satz 3 ABGB die Nachbildung der eigenhändigen Unterschrift ohnedies zulässt, „wo sie im Geschäftsverkehr üblich ist“, ist es systemkonform, hier die Nachbildung der Unterschrift und andere Ersatzformen gesetzlich zuzulassen.

Um einheitliche Sprachvorgaben für die Praxis zu schaffen, sollten Umlaufbeschlüsse in jeder für den Gesellschaftsvertrag zulässigen Sprache möglich sein, insbesondere daher auch in englischer Sprache.

Das Fassen von Umlaufbeschlüssen in der soeben beschriebenen Form sollte im Übrigen nicht nur für die Gesellschafter möglich sein, sondern bei allen Organen der Austrian Limited ausdrücklich für zulässig erklärt werden. Diese Klarstellung sollte darüber hinaus auch für virtuelle Versammlungen getroffen werden. Es sollten daher auch die Geschäftsführung, ein allenfalls eingerichteter Beirat oder Aufsichtsrat sämtliche Beschlüsse sowohl im Umlaufweg mittels elektronischen Signaturprogrammen oder per E-Mail als auch im Rahmen virtueller Versammlungen fassen können.

#### c) Beschlussgegenstände

Von einem Teil der Lehre wird vertreten, dass bei der GmbH nicht sämtliche Beschlussgegenstände einer Beschlussfassung mittels Umlaufbeschluss zugänglich sind. Wo eine notarielle Beurkundung des Beschlusses erforderlich ist (insb zur Abänderung des Gesellschaftsvertrags gemäß § 49 Abs 1 GmbHG), soll der Beschluss nur in einer Generalversammlung gefasst werden können.<sup>212</sup> Dazu gibt es zwar auch Gegenmeinungen.<sup>213</sup> In der Praxis wird bei solchen Beschlüssen allerdings nach unserer Erfahrung kein Risiko eingegangen, sondern diese Art von Beschlüssen wird zur Sicherheit in einer Generalversammlung gefasst.

Für die Austrian Limited sollte gesetzlich klargestellt werden, dass Umlaufbeschlüsse generell eine gleichwertige Alternative zu Beschlüssen in einer Gesellschafterversammlung sind. Es sollten daher etwa auch Kapitalerhöhungen und Änderungen des Gesellschaftsvertrags im Umlaufweg beschlossen werden können (siehe dazu noch Punkt 5.6.2). Um-

---

<sup>211</sup> Vgl § 13 AktG; dazu weiterführend *Micheler in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG2 § 13 Rz 9 ff; *Schopper in Artmann/Karollus*, AktG<sup>6</sup> § 13 Rz 18.

<sup>212</sup> *Billek/Ettmayer/Ratka/Jost in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 52 Rz 14; *Gellis/Feil*, GmbHG<sup>7</sup> § 52 Rz 4.

<sup>213</sup> *Baumgartner/Mollhuber/U. Torggler in U. Torggler*, GmbHG § 34 Rz 10; *Enzinger in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 34 Rz 63; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG3 § 34 Rz 21.

laufbeschlüsse sollten wie Beschlüsse in einer Gesellschafterversammlung ohne zusätzliche Formerfordernisse gefasst werden können. Es sollte daher keine notarielle Beurkundung erforderlich sein (siehe dazu die allgemeinen Ausführungen zu Formerfordernissen in Punkt 3.1.1).

Beschlüsse in der Austrian Limited sollten im Rahmen einer Gesellschafterversammlung, die sowohl als Präsenzversammlung als auch in virtueller Form abgehalten werden kann, oder durch Umlaufbeschluss gefasst werden können. Umlaufbeschlüsse sollten immer dann gefasst sein, wenn das entsprechende Konsensquorum erreicht wird. Für die wirksame Stimmabgabe bei Umlaufbeschlüssen sollte die Textform nach aktienrechtlichem Vorbild, also insbesondere auch per E-Mail oder unter Verwendung von Signaturprogrammen, ausreichend sein. Umlaufbeschlüsse sollten generell eine gleichwertige Alternative zu Beschlüssen in einer Gesellschafterversammlung sein.

#### **5.3.4 Vollmacht, Mehrfach-Stimmrechte, stimmrechtslose Anteile, Stimmrechtsausschluss**

##### a) Vollmacht

Entgegen der Regelung in § 39 Abs 3 GmbHG sollte die Bevollmächtigung nicht an einen Vertreter, der mit einer „auf die Ausübung des Stimmrechts lautenden Vollmacht“ schriftlich bevollmächtigt ist, geknüpft werden. Stattdessen sollte jede Vollmacht genügen, die erkennen lässt, dass die Vollmacht zur Vertretung in Generalversammlungen oder bei Abstimmungen oder bei der Ausübung von Gesellschafterrechten (ganz allgemein) eingeräumt wird. Statt Schriftform sollten auch die dieser gleichgestellten Ersatzformen, die wir in diesem Gutachten schon mehrfach erwähnt haben, ausreichen.

##### b) Mehrfach-Stimmrecht; stimmrechtslose Anteile

§ 39 Abs 2 GmbHG lässt die Regelung des Stimmrechts in einer vom Gesetz abweichenden Weise zu. Mehrfach-Stimmrechte sind daher zulässig. Dies sollte bei der Rechtsform der Austrian Limited beibehalten werden.

Umgekehrt sollte es auch zugelassen werden, dass stimmrechtslose Anteile geschaffen werden. Rechtssystematisch ist dagegen nichts einzuwenden, weil man ja auch in der GmbH Genussrechte ausgeben könnte, die kein Stimmrecht haben, und die dennoch eine vergleichbare Vermögens- und Gewinnbeteiligung vermitteln. Im Sinne der Privatautonomie sollte daher auch diese Zwischenform von Anteilen, die näher beim stimmberechtigten Kapital angesiedelt ist, zugelassen werden, als die Wirtschaftstreibenden zu einem Ausweichen auf Genussscheine zu zwingen.

c) Stimmrechtsausschluss

§ 39 Abs 4 GmbHG regelt mehrere Fälle des Stimmrechtsausschlusses. Diese sollten beibehalten und dahin ergänzt werden, wie es bereits der Judikatur<sup>214</sup> und der aktienrechtlichen Regelung in § 130 Abs 2 AktG entspricht, dass der Stimmrechtsausschluss auch im Falle der Beschlussfassung über eine Sonderprüfung Anwendung findet.

### 5.3.5 Nichtigkeit und Anfechtung von Gesellschafterbeschlüssen

Bei jeder Gesellschaftsform, die Regeln über die Willensbildung der Gesellschafter enthält, muss es auch einen Konfliktlösungsmechanismus geben. Neben der Möglichkeit der Mediation nach dem Zivilmediationsgesetz, die die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag vereinbaren können, die aber im Gesetz über die Austrian Limited nicht eigens erwähnt werden muss, sind die prozessualen Möglichkeiten zur Lösung von Streitigkeiten unter den Gesellschaftern vorzusehen.

Im **Personengesellschaftsrecht** hat sich mangels expliziter Regelungen zu fehlerhaften Gesellschafterbeschlüssen die Klage auf Feststellung der Nichtigkeit (Unwirksamkeit) von Gesellschafterbeschlüssen herausentwickelt.<sup>215</sup> Eine allzu lange Untätigkeit des Minderheitsgesellschafters, der die Unwirksamkeit von Gesellschafterbeschlüssen zwar behauptet, aber de facto durch längere Zeit hinnimmt, wird als konkludente Zustimmung gewertet<sup>216</sup> und führt zu einem Verlust der Klagemöglichkeit und quasi zu einer Heilung des betreffenden Gesellschafterbeschlusses.<sup>217</sup>

Bei **Kapitalgesellschaften** hatte im Zusammenhang mit fehlerhaften Gesellschafterbeschlüssen erstmals im Jahr 1906 das GmbHG, später auch das Aktienrecht ein System über die Nichtigkeitsklage als Rechtsgestaltungsklage, also in ihrer Wirkung eine Anfechtungsklage, eingeführt. Allerdings gibt es auch die Kategorien absolut nichtiger Beschlüsse, schwebend unwirksamer Beschlüsse und von Scheinbeschlüssen<sup>218</sup>, die keine Rechtswirkungen entfalten.<sup>219</sup> Die Unterscheidung zwischen bloß anfechtbaren Gesellschafterbeschlüssen und den zuvor angeführten Kategorien wirkungsloser, also bloß vermeintlicher Beschlüsse, ist notwendig und sollte unbedingt beibehalten werden, mag die Abgrenzung im Einzelfall auch nicht immer ganz leicht fallen.

---

<sup>214</sup> OGH 1 Ob 536/52 SZ 25/200.

<sup>215</sup> RIS-Justiz RS0038823; RS0035454. Siehe aber auch zur aA mwN S.-F. Kraus in U. Torggler, UGB<sup>3</sup> § 119 Rz 21 f.

<sup>216</sup> RIS-Justiz RS0014546; OGH 25.11.1981, 3 Ob 518/81; Appl in Straube/Ratka/Rauter, WK UGB<sup>4</sup> § 119 Rz 95.

<sup>217</sup> OGH 25.11.1981, 3 Ob 518/81.

<sup>218</sup> RIS-Justiz RS0111764.

<sup>219</sup> Vgl Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler in U. Torggler, GmbHG § 41 Rz 3.

Die Rechtsprechung unterscheidet zwischen Mängeln beim Zustandekommen von Beschlüssen, die man als Verfahrensmängel bezeichnen kann, und Mängeln, die die Beschlüsse mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit behaften (materielle Beschlusskontrolle). Davon zu unterscheiden sind Gesellschafterbeschlüsse, die in die gesellschaftsvertraglich gesicherte Rechtsstellung eines Gesellschafters oder in dessen „Drittrechte“ eingreifen und dann – wenn sie ohne Zustimmung des betroffenen Gesellschafters gefasst werden – (schwebend) unwirksam sein müssen;<sup>220</sup> insoweit kann auch die Nichterhebung einer Nichtigkeitsklage (Anfechtungsklage) die fehlende Zustimmung des betreffenden Gesellschafters nicht ersetzen und sie kann daher auch keine Heilung des fehlerhaft gefassten Gesellschafterbeschlusses bewirken<sup>221, 222</sup>.

Bei der Ausgestaltung der Austrian Limited sollte man es tunlichst vermeiden, zum Umgang mit mangelhaften Beschlüssen zu schweigen. Denn dadurch würde man die Diskussion, die aktuell zum Personengesellschaftsrecht über das Vorliegen einer Gesetzeslücke und die analoge Anwendung des kapitalgesellschaftsrechtlichen Beschlussanfechtungsrechts geführt wird,<sup>223</sup> in die Austrian Limited hineintragen. Wenn man sich am vorhandenen Regelungssystem des Kapitalgesellschaftsrechts orientiert, das von der vorläufigen Wirksamkeit mangelhafter Gesellschafterbeschlüsse ausgeht, sollte die Regelung – damit sie gerecht ist – keinen Anreiz dafür bieten, dass sich einzelne Gesellschafter, insbesondere wenn sie in der Geschäftsführung tätig oder Mehrheitsgesellschafter sind, über gesetzliche oder gesellschaftsvertragliche Regelungen hinwegsetzen<sup>224</sup> und auf diese Weise die berechtigten Ansprüche der Mitgesellschafter – und seien es auch nur deren Informations- und Erörterungsansprüche – frustrieren können. In diesem Zusammenhang hat sich gezeigt, dass die GmbH-rechtliche Rechtsprechung zum Teil mangelhaft zustande gekommene Gesellschafterbeschlüsse akzeptiert und Rechtsverletzungen durch Gesellschafter nicht sanktioniert –

---

<sup>220</sup> Siehe dazu § 50 Abs 4 GmbHG und *J. Reich-Rohrwig*, GesRZ 2020, Heft Nr. 4.

<sup>221</sup> OLG Hamm 8 U 67/15 ZIP 2016, 1481; *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbH-Gesetz<sup>20</sup> Anh zu § 47 Rz 4 f; *Raiser* in *Ulmer/Habersack/Höbbe* GmbHG2 Anh § 47 Rz 23 ff; vgl. gegenteilig RIS-Justiz RS0060086.

<sup>222</sup> Jede andere Ansicht führt zu einer unerträglichen Beeinträchtigungsmöglichkeit, die man der Gesellschaftermehrheit geben würde, indem sie wöchentlich oder vielleicht sogar täglich Generalversammlungen abhält, mit denen sie in die Rechtsstellung von Minderheitsgesellschaftern eingreift und den Minderheitsgesellschafter wöchentlich, gegebenenfalls sogar täglich zur Erhebung weiterer, kostspieliger Nichtigkeitsklagen zwingen würde. Diese Konsequenz wurde bislang offenbar nicht erkannt.

<sup>223</sup> Informativ dazu *Thöni* in *Zib/Dellinger*, UGB § 119 Rz 251 ff.

<sup>224</sup> Im Personengesellschaftsrecht wird judiziert, dass gesellschaftsvertragliche Beschlusserfordernisse im Zweifel Wirksamkeitsvoraussetzungen sind: OGH 3 Ob 839/54 SZ 28/48; 1 Ob 633/79 SZ 52/134; 8 Ob 577/83 SZ 57/203; 6 Ob 258/08x ecolex 2009, 599; RIS-Justiz RS0016746.

etwa wenn es um Gesellschafterbeschlüsse geht, die ohne Beschlussfähigkeit der Generalversammlung gefasst wurden oder bei denen die Stimmen von Gesellschaftern, die vom Stimmrecht ausgeschlossen sind, zu Unrecht dennoch gezählt werden.<sup>225</sup>

Diese Überlegungen sollen Anlass dafür sein, dass man zwar durchaus das Konzept der Nichtigkeitsklage, die grundsätzlich eine Rechtsgestaltungsklage ist, aus dem GmbH-Recht übernimmt, aber feinfühlig anpasst. Im Folgenden werden einige Modifikationen der derzeitigen Regelungen des Kapitalgesellschaftsrechts angesprochen, die aus unserer Sicht sinnvoll scheinen:

- Es sollte gesetzlich klargestellt werden, dass trotz Beschlussunfähigkeit gefasste Gesellschafterbeschlüsse gesetzlich wirkungslose Scheinbeschlüsse sind.
- Es sollte auch gesetzlich klargestellt werden, dass mehrheitlich beschlossene Eingriffe in verbriefte Rechte (Sonderrechte) und in „Drittrechte“ der Gesellschafter ohne deren Zustimmung wirkungslos bleiben.
- Ferner sollte aus dem Aktienrecht die Regelung über die Nichtigkeit von Beschlüssen und ihrer Heilung im Falle ihrer mehrjährigen Eintragung im Firmenbuch (§§ 199 bis 201 AktG) übernommen werden.
- Zu § 42 Abs 5 GmbHG sollte eine vorgelagerte Pflicht der Geschäftsführung, sämtliche Gesellschafter von der Erhebung der Anfechtungsklage unverzüglich zu verständigen, ausdrücklich gesetzlich verankert werden. Eine ähnliche Regelung besteht bereits in der Kundmachungspflicht des Vorstands gemäß § 197 Abs 5 AktG.
- Die Festsetzung/Bemängelung des Streitwerts sollte nach dem Vorbild des § 197 Abs 6 AktG geregelt werden.
- Zur derzeit bestehenden Regelung, wonach jeder Gesellschafter „dem Rechtsstreit **auf seine Kosten** als Nebenintervenient beitreten“ kann, sollte gesetzlich klargestellt werden, dass jeder als Nebenintervenient beitretende Gesellschafter endgültig keinen Anspruch auf Kostenersatz hat, selbst wenn jene Prozesspartei, auf deren Seite er im Prozess als Nebenintervenient beigetreten ist, obsiegt. Die derzeitige gesetzliche Regelung wird in der Gerichtspraxis in ihr Gegenteil verkehrt<sup>226</sup> und setzt den Anfechtungskläger einem unzumutbar hohen Kostenersatzrisiko gegenüber allen Nebenintervenienten – und bei Gesellschaften können das viele Personen sein – aus.
- Die Regelung des § 42 Abs 7 GmbHG, die nur den Anfechtungskläger, dem „böse Absicht oder grobe Fahrlässigkeit“ zur Last fällt, eine Schadenersatzhaftung aussetzt, sollte – im Sinne der Gleichbehandlung rechtswidrigen Verhaltens – dahin erweitert

---

<sup>225</sup> Siehe im Detail *J. Reich-Rohrwig*, GesRZ 2020, Heft Nr. 4. Aus der Rechtsprechung etwa: RIS-Justiz RS0059834; OGH 1 Ob 573/85 SZ 58/88; 6 Ob 53/06x ecolex 2006, 841.

<sup>226</sup> So OLG Wien 1 R 75/92 ecolex 1992, 780 und zahlreiche Kostenentscheidungen der Gerichte.

werden, dass auch jene Gesellschafter, die den mit Erfolg angefochtenen Gesellschaftsbeschluss „aus böser Absicht oder aus grober Fahrlässigkeit“ gefasst haben, persönlich zum Ersatz aller Schäden, die der Gesellschaft und/oder den Mitgesellschaftern entstanden sind, verpflichtet sind. Das bedeutet insbesondere, dass sie der Gesellschaft sowohl die Prozesskosten als auch den an den obsiegenden Anfechtungskläger zu leistenden Prozesskostenersatz und weitere Schäden ersetzen müssen. Dadurch soll in der Praxis rechtswidriges Verhalten der Gesellschaftermehrheit unattraktiver gemacht werden, wodurch ein wesentlicher Beitrag zu rechtskonformem Verhalten geleistet wird.

- Ferner sollte – der neueren Entwicklung in Lehre und Rechtsprechung folgend – die **positive Beschlussfeststellungsklage**<sup>227</sup> und die **Klage gegen Gesellschafter auf Zustimmung**<sup>228</sup> (etwa in Erfüllung gesellschaftsvertraglicher Verpflichtungen oder aufgrund ihrer Treuepflicht) explizit zugelassen werden. Es muss vermieden werden, dass durch ein Schweigen des Gesetzgebers anlässlich der Einführung der Rechtsform der Austrian Limited der Umkehrschluss gezogen wird, dass die im Kapitalgesellschaftsrecht inzwischen gesicherte positive Beschlussfeststellungsklage und die Zustimmungsklage vom Gesetzgeber nicht gewollt wären.
- Ferner muss klargestellt werden, dass Anfechtungs- und Beschlussfeststellungsklage sowie Anfechtungsklage, Zustimmungs- und Beschlussfeststellungsklage in einer Klage miteinander verbunden werden können. Nur so kann ein effektiver Rechtsschutz gewährleistet werden. Außerdem sollte eine entsprechende Verpflichtung der Gerichte zur Verbindung dieser Klagen nach aktienrechtlichem Vorbild vorgesehen werden (§ 197 Abs 3 AktG).
- **Einstweilige Verfügungen:** Die Regelung des § 42 Abs 4 GmbHG sollte dahin modifiziert werden, dass einstweilige Verfügungen (EV) nicht nur dann erlassen werden können, „wenn ein **der Gesellschaft** drohender unwiederbringlicher Nachteil glaubhaft gemacht wird“, sondern schon dann, „wenn ein der Gesellschaft oder **einem Gesellschafter** drohender **erheblicher** Nachteil glaubhaft gemacht wird“. Auf diese Weise werden erstens auch die Gesellschafter in den Schutzbereich derjenigen, zu deren Gunsten die EV erlassen werden kann, miteinbezogen.<sup>229</sup> Schließlich wäre ja auch nicht einzusehen, warum eine Vertragspartei – und ein Gesellschafter ist ja auch eine Vertragspartei – ihre Rechte nicht mit einstweiligem Rechtsschutz wahren können sollte. Und die Beschränkung der EV auf einen unwiederbringlichen Nachteil wird der Sache nicht gerecht, weil es darum geht, dem Gesellschafter die Rechtsdurchsetzung

---

<sup>227</sup> Siehe RIS-Justiz RS0109584; RS0109612; OGH 6 Ob 203/97i ecolex 1998, 708 (*J. Reich-Rohrwig*); 6 Ob 213/16s ecolex 2017, 337; 6 Ob 104/19s ecolex 2019, 966.

<sup>228</sup> Vgl Punkt 4.10. OGH 6 Ob 169/16w RdW 2017, 243.

<sup>229</sup> In diesem Sinne bereits OGH 6 Ob 90/19g GesRZ 2019, 354; 6 Ob 149/19h ecolex 2019, 953.

oder die Rechtswahrung – also die Abwehr rechtswidrigen Verhaltens der Mitgesellschafter auf seine Rechtsstellung – zu ermöglichen. Denn erfahrungsgemäß vermögen die Urteile, die üblicherweise erst nach einem mehrjährigen Zivilprozess ergehen, gerade im Gesellschaftsrecht die rückwirkende Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands und der in diesem Fall hypothetisch eingetretenen Entwicklung des Unternehmens nicht zu bewirken. Gesellschafter bauen gesellschaftsrechtliche Maßnahmen und Beschlüsse regelmäßig aufeinander auf, und wenn die erste wenngleich rechtswidrige Maßnahme vorläufig wirksam bleibt, folgen die nächsten,<sup>230</sup> die dann allesamt einen unumkehrbaren Zustand herbeiführen. In solchen Fällen ginge der gerichtliche Rechtsschutz nach jahrelangen Prozessen ins Leere: Das geht soweit, dass durch eine vorläufig wirksame rechtswidrige Beschlussfassung dem überstimmten Gesellschafter sogar die Parteistellung als Voraussetzung für die weitere Wahrung und Durchsetzung seiner Rechte entzogen werden kann, also sein Rechtsschutz endgültig vereitelt wird.<sup>231</sup> Dass das mit einer rechtsstaatlichen Herangehensweise unvereinbar ist, liegt auf der Hand und wird als Rechtsverweigerung empfunden.

Ferner orten wir ein Rechtsschutzdefizit des einzelnen Gesellschafters im Anfechtungsprozess, was das Provisorialverfahren betrifft. Bekanntlich kann jeder Gesellschafter den Anfechtungsprozess, der aus Vereinfachungsgründen gegen die Kapitalgesellschaft als beklagte Partei zu richten ist, zur Wahrung seines rechtlichen Gehörs als Nebenintervenient beitreten. Allerdings gilt das nach der Rechtsprechung nicht für ein Provisorialverfahren, mit dem ein angefochtener Gesellschafterbeschluss durch einstweilige Verfügung aufgeschoben werden soll (§ 42 Abs 4 GmbHG).<sup>232</sup> Unseres Erachtens sollte jedem Gesellschafter die Nebenintervention auch im Provisorialverfahren gestattet werden. Die gegenteilige derzeitige Judikatur ermöglicht im Endeffekt, dass Anfechtungskläger, die entweder „im Zusammenspiel“ mit der Geschäftsführung oder zumindest ohne deren Widerstand eine Anfechtungsklage erheben, durch einstweilige Verfügung einen tatsächlich gültig gefassten Gesellschafterbeschluss zumindest auf Prozessdauer durch das – mangels Nebenintervention der Gesellschafter – uninformiert gebliebene Gericht aufschieben lassen und somit vorläufig außer Kraft setzen können. Dadurch könnten sie auf Prozessdauer die gültige Willensbildung der Generalversammlung zunichtemachen (!), ohne dass den Gesellschaftern, die den Beschluss gefasst hatten, rechtliches Gehör und Rechtsmittelbefugnis zukommt und ohne dass sie die Rechtmäßigkeit des von ihnen gefassten Beschlusses verteidigen können. Bei den üblichen Prozessdauern von mehreren Jahren

---

<sup>230</sup> Vgl OGH 6 Ob 197/18s ecolex 2020/26.

<sup>231</sup> So im Ergebnis die Auffassung von OGH 6 Ob 197/18s ZFR 2019, 623.

<sup>232</sup> OGH 2.4.1997, 7 Ob 2359/96d; RIS-Justiz RS0004899; kritisch dazu *Gonaus/Schmidsberger*, GmbH: Beschlussanfechtung – keine Nebenintervention im Provisorialverfahren? RdW 2019/62, 84; *Thiele*, Die Nebenintervention im Provisorialverfahren, ÖJZ 2006/54, 837.

könnte in der Zwischenzeit der Anfechtungskläger in Gemeinschaft mit der Geschäftsführung das Vermögen der Gesellschaft aushöhlen oder sonst wie einen unwiederbringlichen Schaden verursachen. Der Umstand, dass dieser Schaden nach der EO verschuldensunabhängig zu ersetzen ist, ist nicht gleichwertig damit, dass eine Aufschiebung von Gesellschafterbeschlüssen ohne Möglichkeit des rechtlichen Gehörs jener Gesellschafter, die den Beschluss gefasst hatten, vermieden werden soll, zumal Schäden aus unterbliebenen Maßnahmen vielfach gar nicht annähernd beziffert werden können, also der Verweis auf Schadenersatz nicht gleichwertig ist, ganz abgesehen von der Frage, ob er einbringlich ist.

## 5.4 Vierter Abschnitt: Minderheitsrechte (Sonderprüfung, Minderheitschadenersatzklage)

### 5.4.1 Allgemeines zu den Kontrollmöglichkeiten der Gesellschafter

Zunächst verweisen wir auf unsere Ausführungen zur Bucheinsicht oben in Punkt 5.2.1. Im Folgenden wollen wir einen kurzen Überblick über die Kontrollrechte der Gesellschafter in den verschiedenen Gesellschafts-Rechtsformen geben, bevor wir auf das Recht auf Sonderprüfung und auf Erhebung von Ersatzklagen gegen Geschäftsführungs- und Aufsichtsorgane sowie Gesellschafter eingehen:

Im **Personengesellschaftsrecht** (s § 1194 ABGB; §§ 118, 166 UGB) sind die Kontrollrechte, auch jene des Kommanditisten, als Individualrechte ausgestaltet<sup>233</sup> und an keine weiteren Bedingungen und Voraussetzungen geknüpft<sup>234</sup>. Selbst das Kontrollrecht des Kommanditisten (§ 166 Abs 2 UGB) beschränkt sich nicht auf den Zweck der Jahresabschlussprüfung, sondern kann auch bei durch Tatsachen gestütztem Verdacht schlechter Geschäftsführung – Unredlichkeit ist nicht erforderlich<sup>235</sup> –, oder bei nicht sorgfältiger Buchführung<sup>236</sup> ausgeübt werden.

Für die Rechtsform der **GmbH** anerkennt die Judikatur ein jederzeit ausübbares Bucheinsichtsrecht jedes Gesellschafters (s bereits oben zu Punkt 5.2.1), dessen Wahrnehmung allerdings bei konkret zu erwartendem Missbrauch verweigert werden kann.<sup>237</sup> Wird die Bucheinsicht zu Recht verweigert, ist der Gesellschafter nach der Rechtsprechung<sup>238</sup> auf

---

<sup>233</sup> Vgl OGH 6 Ob 580/81 HS 12.119.

<sup>234</sup> OGH 1 Ob 730/52 SZ 25/237.

<sup>235</sup> OLG Wien 28 R 29/96s NZ 1998, 246; S.-F. Kraus in U. Torggler, UGB<sup>3</sup> § 166 Rz 6.

<sup>236</sup> OGH 6 Ob 7/79 SZ 52/72; OGH 20.3.2003, 6 Ob 45/03s.

<sup>237</sup> Die Rechtsprechung geht über § 22 Abs 2 GmbHG hinaus: RIS-Justiz RS0060098. Sie entspricht damit weitgehend der deutschen Rechtslage nach § 51a dGmbHG.

<sup>238</sup> OGH 6 Ob 198/12d ecolex 2014, 796.

das Minderheitsrecht der Sonderprüfung gemäß §§ 45 ff GmbHG verwiesen. Ferner kann der GmbH-Gesellschaftsvertrag das Bucheinsichtsrecht der Gesellschafter ausschließen, wenn ein Aufsichtsrat zu bestellen ist.<sup>239</sup>

Nach **Aktienrecht** haben Aktionäre kein Bucheinsichtsrecht. Das Aktienrecht kennt allerdings ein Minderheitsrecht auf Sonderprüfung (s § 130 Abs 2 AktG).

#### 5.4.2 Allgemeines zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen

**Personengesellschaftsrecht:** Wenn (geschäftsführende) Gesellschafter die Gesellschaft schädigen, kann die Gesellschaft ihre Ersatzansprüche gegen den Betreffenden geltend machen; dieser ist bei der Abstimmung über die Erhebung der Klage nicht stimmberechtigt (analog § 39 Abs 4 GmbHG).<sup>240</sup> Neben der Gesellschaft selbst ist aber auch jeder Gesellschafter – auch ein Kommanditist – zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegen andere Gesellschafter mit der Gesellschafterklage (actio pro socio) berechtigt.<sup>241</sup> Die Geschäftsführungsorgane einer Personengesellschaft können demnach durch jeden einzelnen Gesellschafter, auch wenn er nur eine geringe Beteiligung besitzt, zur Haftung für sorgfaltswidrige Geschäftsführung herangezogen werden.<sup>242</sup>

Auch im **Kapitalgesellschaftsrecht** stehen Ersatzansprüche aus pflichtwidriger Geschäftsführung der Gesellschaft selbst zu und primär beschließen die Haupt- und Generalversammlung über die Erhebung von Ersatzansprüchen gegen die Geschäftsführungsorgane (Vorstandsmitglieder, Geschäftsführer, Aufsichtsratsmitglieder).<sup>243</sup> Flankiert wird diese

---

<sup>239</sup> § 22 Abs 2 GmbHG.

<sup>240</sup> Vgl OGH 5 Ob 249/12x ecolex 2013, 713; *U. Torggler/H. Torggler in Straube*, HGB I3 § 119 Rz 10; *S.-F. Kraus in U. Torggler*, UGB<sup>2</sup> § 119 Rz 7; siehe dazu ausf und zT krit *Thöni in Zib/Dellinger*, UGB § 119 Rz 349 ff.

<sup>241</sup> S seit dem GesbR-RG auch § 1188 ABGB; Nach den ErlRV (270 BlgNR 25. GP 14) soll § 1188 ABGB nF das in der Personengesellschaft anerkannte Rechtsinstitut der actio pro socio ausdrücklich kodifizieren. Jedenfalls beachtlich ist nach den ErlRV die actio pro socio im Bereich des Rechts der eingetragenen Personengesellschaften.

<sup>242</sup> Auch die Business Judgement Rule ist im Personengesellschaftsrecht analog anzuwenden: vgl (zur Privatstiftung) OGH 6 Ob 160/15w SZ 2016/19; *Schopper/Walch in Zib/Dellinger*, UGB § 114 Rz 119.

<sup>243</sup> § 134 AktG; § 35 Abs 1 Z 6 GmbHG.

Regelung dadurch, dass Gesellschafter und Aktionäre, gegen die sich die Beschlussfassung richtet, kein Stimmrecht haben (Stimmrechtsausschluss oder Stimmverbot)<sup>244, 245</sup>. Auch der Aufsichtsrat der Kapitalgesellschaft ist klageberechtigt.<sup>246</sup>

### 5.4.3 Minderheitsrechte auf Sonderprüfung und Erhebung von Ersatzansprüchen

Sowohl das GmbHG als auch das AktG sehen Minderheitsrechte der Gesellschafter und Aktionäre sowohl für die Sonderprüfung also auch für die Erhebung von Schadenersatzansprüchen gegen Geschäftsführer, Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder sowie gegen Gesellschafter bzw. Aktionäre vor. Diese Regelungen haben sich in der Praxis nicht bewährt, weil sie teils zu eng gefasst sind, teils Abläufe voraussetzen, die eine böswillig gesonnene Geschäftsführung oder Gesellschaftermehrheit meist geschickt zu verhindern wissen. Sehr vielsagend ist in diesem Zusammenhang der Ausspruch des OGH<sup>247</sup>, dass bei der GmbH die Minderheitsrechte „auf schwachen Füßen stehen“. Das im österreichischen Kapitalgesellschaftsrecht bestehende Konzept der Minderheitsrechte auf Sonderprüfung und auf Minderheits-Schadenersatzklage sollte daher weiterentwickelt und praxisgerecht so modifiziert werden, dass es effektiv ist und auch der Anforderung einer „gerechten Regelung“ entspricht. Dabei ist auch der Umstand zu berücksichtigen, dass die Geschäftsleitungsorgane häufig – bei Startups sogar nahezu immer – zugleich Gesellschafter sind oder diesen nahestehen, sodass die Willensbildung in der Generalversammlung häufig von „Seilschaften“ geprägt ist und unsachlich ausfallen kann.

Nach unserem Dafürhalten sollte die Regelung über das **Minderheitenrecht auf Sonderprüfung** durch Beiziehung eines sachverständigen Sonderprüfers, der vom Gericht bestellt wird, wie folgt aussehen:

---

<sup>244</sup> § 39 Abs 4 GmbHG; § 125 AktG; OGH 3 Ob 72/09 GesRZ 2010, 49.

<sup>245</sup> Allerdings verkehrt die Rechtsprechung den Stimmrechtsausschluss in sein Gegenteil, wenn der betroffene Gesellschafter dennoch, obwohl er vom Stimmrecht ausgeschlossen ist, mitstimmt: Siehe J. Reich-Rohrwig, GesRZ 2020, Heft 4 mwN.

<sup>246</sup> § 30e GmbHG; § 97 AktG; J. Reich-Rohrwig/S.-F. Kraus, Will die Rechtsprechung den Aufsichtsrat zu Haftungsprozessen gegen den Vorstand anhalten? GesRZ 2019, 90 ff.

<sup>247</sup> OGH 1 Ob 755/81 GesRZ 1983, 30.

- Das Recht auf Sonderprüfung sollte als Minderheitsrecht ausgestaltet werden, das – nach dem Vorbild des deutschen Aktienrechts<sup>248</sup> – an einen Anteilsbesitz von 1 % oder an den Besitz eines relativ geringen Nennbetrages des Anteils<sup>249</sup> geknüpft ist.<sup>250, 251</sup>
- Der Antrag auf Sonderprüfung sollte voraussetzen, dass der antragstellende Gesellschafter bescheinigt, dass bei der Gründung oder bei einem nicht über fünf Jahre zurückliegenden Vorgang bei der Geschäftsführung – einschließlich von Kapitalmaßnahmen – es zu Unredlichkeiten oder groben Verletzungen des Gesetzes oder der Satzung gekommen ist oder der Jahresabschluss (Konzernabschluss) nicht nur unerheblich unrichtig aufgestellt wurde.
- Das Minderheitsrecht auf Sonderprüfung sollte voraussetzen, dass die Gesellschafter der Austrian Limited in der Generalversammlung oder durch Umlaufbeschluss einen Antrag auf Bestellung eines Sonderprüfers abgelehnt haben. Ein Antrag auf Sonderprüfung kann von jedem Gesellschafter – auch ad hoc – gestellt werden, wenn er mit dem Tagesordnungspunkt in sachlichem Zusammenhang steht.
- Gesellschafter, die der Geschäftsführung (dem Verwaltungsrat) oder dem Aufsichtsrat angehören oder gegen die sich der Antrag auf Sonderprüfung richtet, sind bei der Beschlussfassung vom Stimmrecht ausgeschlossen; dasselbe gilt für Stimmrechtsbevollmächtigte dieser Personen.
- Der Antrag auf Sonderprüfung kann sich auch auf Gesellschaften und Unternehmen erstrecken, an denen die Gesellschaft mit wenigstens 50 % der Stimmen und/oder des Kapitals beteiligt ist oder bei verbundenen Unternehmen der Gesellschaft, wenn Organe der Gesellschaft zugleich auch Organe des betreffenden verbundenen Unternehmens sind.
- Die Geschäftsführer (der Verwaltungsrat) und der Aufsichtsrat sind vor der Bestellung der Sonderprüfer zu hören.
- Der Sonderprüfungsbericht ist sowohl dem Antragsteller als auch den Geschäftsführern (Verwaltungsrat) und dem Aufsichtsrat vorzulegen.

---

<sup>248</sup> §§ 142 und 258 dAktG.

<sup>249</sup> Unser Vorschlag: Ein Nennbetrag von € 5.000,-.

<sup>250</sup> Für deutsche Aktiengesellschaften muss der Nennbetrag € 100.000,- erreichen. In Anbetracht dessen, dass für die bekanntermaßen großen deutschen Aktiengesellschaften mit Milliarden-Vermögen der relevante Nennbetrag nur € 100.000,- beträgt, scheint uns ein Nennbetrag von € 5.000,- – also ein Zwanzigstel von € 100.000,- – sachgerecht. Auch *Kalss/Schauer*, Gutachten zum 16. ÖJT (2006), II/1, 254ff, schlagen die Senkung des Schwellenwerts auf 1 % vor oder auf diesen gänzlich zu verzichten.

<sup>251</sup> Vgl auch *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 48 Rz 16 (ergänzende Vertragsauslegung); *Hadding*, Zur Einzelklagebefugnis des Gesellschafters einer GmbH nach deutschem und österreichischem GmbH-Recht, GesRZ 1984, 32 (42).

- Das Gericht entscheidet nach Maßgabe des Ergebnisses der Sonderprüfung darüber, ob die Kosten der Sonderprüfung vom Antragsteller oder von der Gesellschaft oder von diesen verhältnismäßig zu tragen sind. Soweit die Sonderprüfung in Folge verweigerter, unterbliebener, unzureichender oder irreführender Auskünfte oder Berichterstattung beantragt wurde, hat die Kosten der Sonderprüfung die Gesellschaft zu tragen, unbeschadet ihrer Ersatzansprüche gegenüber den dafür verantwortlichen Personen.
- Erweist sich der Antrag auf Sonderprüfung nach dem Ergebnis der Sonderprüfung als unbegründet und liegt nicht ein Fall vor, wie er im vorangehenden Absatz beschrieben ist, so ist der Antragsteller, dem eine böse Absicht oder grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt, für den der Gesellschaft durch den Antrag entstandenen Schaden haftbar.
- Wenn einem Gesellschafter die Ausübung seines ihm an sich zustehenden Bucheinsichtsrechts – gleichgültig ob berechtigt oder unberechtigt – verwehrt wird<sup>252</sup>, hat dieser Gesellschafter als Individualrecht Anspruch auf umfassende Sonderprüfung durch einen vom Gericht bestellten Sonderprüfer, und zwar ohne Rücksicht auf die Höhe seiner Beteiligung an der Austrian Limited und ohne dass er den Verdacht nach Absatz (2) haben oder bescheinigen muss<sup>253</sup>. Soweit die Gesellschaft dem betreffenden Gesellschafter die Bucheinsicht mit Rücksicht auf ein Konkurrenzverhältnis oder einen konkret zu erwartenden und von der Gesellschaft zu bescheinigenden Missbrauch der erlangten Informationen verwehrt hat, ist der gerichtlich bestellte Sonderprüfer zwar verpflichtet, auch diese Belange, wenn sich der Antrag auf Sonderprüfung darauf bezieht, zu prüfen, jedoch insofern die wettbewerbsrelevanten Informationen oder jene Informationen, deren missbräuchliche Verwendung konkret zu erwarten wäre, im Sonderprüfungsbericht nicht anzuführen, sofern die Gesellschaft insoweit keine Pflichtverletzung begangen hat. Sollten hingegen in diesen Belangen Pflichtverletzungen vorliegen, so hat der Sonderprüfer auch darüber schriftlich zu berichten.

---

<sup>252</sup> Der nachstehende Vorschlag bezieht sich auf den in der Praxis häufigen Fall, dass eine Geschäftsführung, die sich ihrer Kontrolle entziehen will, den Gesellschafter an der Ausübung seines Bucheinsichtsrechts faktisch hindert und eine Missbrauchsabsicht des die Bucheinsicht begehrenden Gesellschafters behauptet. Um das daraus resultierend langwierige Verfahren vor dem Firmenbuch abzukürzen, soll es dem Gesellschafter möglich sein, auf die Sonderprüfung durch einen von Gericht bestellten Sonderprüfer „umzusteigen“, sodass dann die Durchsetzung des Kontrollrechtes erheblich beschleunigt wird.

<sup>253</sup> Falls hingegen das Bucheinsichtsrecht des Gesellschafters gesellschaftsvertraglich ausgeschlossen und ein Aufsichtsrat bestellt ist, hat er Anspruch auf Sonderprüfung nur, wenn er die Beteiligungsquote nach (2) erfüllt und Verdachtsmomente gemäß (3) bescheinigt.

Zum **Minderheitsrecht auf Schadenersatzklage** unterbreiten wir einen Regelungsvorschlag, der die Schwächen und Regelungsdefizite des bestehenden GmbH- und Aktienrechts zu vermeiden oder zu mildern sucht.<sup>254</sup>

Im Zusammenhang mit der Erhebung von Ersatzansprüchen ist daran zu erinnern, dass im GmbH-Recht der „Entlastung“ der Geschäftsführer und Aufsichtsratsmitglieder Verzichtswirkung auf erkennbare Ansprüche zuerkannt wird.<sup>255</sup> Gesetzlich ist das nicht ausdrücklich geregelt.

Die Geschäftsführung, die sich ersatzpflichtig macht, aber trotzdem die Rückdeckung durch die Gesellschaftermehrheit hat<sup>256</sup> – oft hat diese sogar zur schädigenden Handlung angestiftet oder ihre Zustimmung erteilt –, tut sich leicht, die Verfolgung von Ersatzansprüchen durch die Gesellschafterminderheit zu vereiteln und für sich die Entlastung herbeizuführen. Es muss daher eine Regelung geschaffen werden, die der Entlastung entweder keine Verzichtswirkung beimisst, so wie das im Aktienrecht der Fall ist, oder zumindest regelt, dass die Entlastung insoweit unwirksam bleibt, als Minderheitsgesellschafter in der Folge innerhalb der Frist für die Erhebung der Minderheitsklage Ersatzansprüche erheben.

Unabhängig von den möglichen Strategien zur Vermeidung einer Inanspruchnahme stellt sich ganz allgemein die Frage: Warum muss es eine Gesellschafterminderheit überhaupt

---

<sup>254</sup> In der Praxis versuchen die Geschäftsführungsorgane, die sehr häufig selbst Gesellschafter sind oder diesen nahestehen, sich nicht nur ihrer Kontrolle zu entziehen, sondern auch die Erhebung von Ersatzansprüchen gegen sie zu vereiteln. Bei Startups ist diese Konstellation geradezu typisch. Die kurzen Fristen, die dem Gesellschafter bei der GmbH zur Prüfung des Jahresabschlusses zur Verfügung stehen, machen es in der Regel unmöglich, dass ein GmbH-Gesellschafter rechtzeitig einen Antrag auf Geltendmachung von Ersatzansprüchen auf die Tagesordnung der Generalversammlung setzen kann, – wie dies aber § 48 Abs 1 GmbHG verlangt. Dies verunmöglicht de facto die Minderheits-Schadenersatzklage. Ferner könnten die Geschäftsführer den oder die Mehrheitsgesellschafter, der bzw die ihnen Rückdeckung gibt bzw geben, dazu veranlassen, ungeachtet von Pflichtverletzungen die Entlastung zu beschließen. Auf diese Weise wird die Gesellschafterminderheit gezwungen, zunächst den Entlastungsbeschluss – weil er Verzichtswirkung hat – durch Anfechtungsklage zu beseitigen, bis die Gesellschafterminderheit dann Schadenersatzklage erheben kann (vgl auch OGH 1 Ob 775/81 GesRZ 1983, 30). In diesem Fall wird die Ein-Jahres-Frist des § 48 Abs 2 GmbHG zur Erhebung der Minderheitsklage in aller Regel längst abgelaufen sein. Auch dies führt zu einer faktischen Frustrierung des Minderheitsrechts.

<sup>255</sup> RIS-Justiz RS0060007; RS0060019; RS0060000.

<sup>256</sup> Bereits dem Herrenhausbericht zum GmbHG (272 Blg HVB XVII Session [1905] 13) ist zu entnehmen, dass in der Generalversammlung der Vorstand nur zu oft eine gefügige Mehrheit beherrscht, welche Verletzungen des Gesetzes und des Gesellschaftsvertrags zu decken geneigt ist.

hinnehmen, dass Geschäftsführungsorgane – oft im Zusammenwirken mit anderen Gesellschaftern – ihre gesetzlichen oder vertraglichen<sup>257</sup> Geschäftsführungspflichten verletzen, dies aber sanktionslos bleiben darf, nur weil sie oder auch die nachteilig mitbetroffenen Gesellschafter nicht über jene Beteiligungsquote verfügen, die für die Erhebung der Minderheitsschadenersatzklage notwendig ist? Oder anders gefragt: Sollte nicht auch eine kleine bzw eine kleinere Gesellschafterminderheit als bisher in die Lage versetzt werden, das „gute Recht“ der Gesellschaft zur Geltung zu bringen, wenn sich die Mehrheit über ihre berechtigten Reklamationen einfach hinwegsetzt?<sup>258</sup> Fest steht, dass schon die mögliche Haftungssanktion als Konsequenz für pflichtwidriges Handeln der Leitungsorgane eine sorgfältigere Wahrnehmung ihrer Aufgaben bewirken kann und erwarten lässt.<sup>259</sup> Fest steht außerdem, dass der österreichische Gesetzgeber mit dem RLG 1990<sup>260</sup> die Antragslegitimation gemäß § 48 GmbHG erweiterte und auf Gesellschafter erstreckte, deren Stammeinlage einen Betrag von € 700.000,- erreicht.<sup>261</sup> Fest steht schließlich auch, dass der deutsche Aktienrechts-Gesetzgeber die Minderheitsschadenersatzklage an eine wesentlich geringere Beteiligungsquote als 10 % (so § 48 GmbHG) knüpft. Seit 2005 genügt für das Minderheitsverlangen nach deutschem Aktienrecht eine Beteiligungsquote von 1 % des Grundkapitals oder eine Beteiligung mit einem anteiligen Betrag am Grundkapital von € 100.000,-. Maßgeblich ist die niedrigere dieser beiden Schwellen (§ 148 dAktG). Verlangen Minderheitsaktionäre die Erhebung einer Haftungsklage, so ist diese nach deutschem Aktienrecht einem vorgeschalteten Klagezulassungsverfahren unterworfen (§ 148 dAktG). Die deutsche Regelung enthält ferner als weitere Voraussetzung für eine Klagezulassung, dass der Verdacht der Unredlichkeit oder einer groben Verletzung des Gesetzes oder der Satzung besteht und der Klageführung keine überwiegenden Gründe des Gesellschaftswohls entgegenstehen.<sup>262</sup>

---

<sup>257</sup> Dem Minderheitengesellschafter steht seit dem IRÄG 1997 ein Klagerecht gemäß § 48 Abs 1 GmbHG auch gegen Gesellschafter auch in Ansehung eines Schadenersatzanspruchs aus einer behaupteten vertraglichen Pflichtverletzung des Gesellschafters gegen die Gesellschaft zu; vgl auch RIS-Justiz RS0125154.

<sup>258</sup> So die Überlegung des Herrenhausberichtes zum GmbHG (272 Blg HHB XVII Session [1905] 13), mit dem § 48 GmbHG erst eingefügt wurde.

<sup>259</sup> BT-Drucks 19/8233, 2 f.

<sup>260</sup> BGBl I 475/1990.

<sup>261</sup> Warum dieser Betrag so hoch gewählt wurde, wo er doch nur relevant wird, wenn das Stammkapital der GmbH € 7 Mio. übersteigt, und dies auf nur 0,2 % (!) aller österreichischen GmbHs zutrifft, ist unerklärlich! Zur Höhe des Stammkapitals österreichischer GmbHs siehe *J. Reich-Rohrwig*, Verbreitung und Gesellschafterstruktur der GmbH in Österreich, in FS Kastner (1992) 371 (373).

<sup>262</sup> Jannott, Vorstandshaftung in Deutschland, *ecolex* 2018, 583 (584 f); *Rieckers/Vetter* in *Zöllner/Noack*, Kölner Kommentar zum AktG<sup>3</sup> § 148 Rz 340 ff; *Mock* in *Spindler/Stilz*, AktG<sup>3</sup> § 148 Rz 80.

An diese bisherige Rechtsentwicklung in Österreich und Deutschland ließe sich anknüpfen, indem man die Beteiligungsquote für die Minderheitsschadenersatzklage massiv reduziert oder sie gänzlich entfallen lässt.<sup>263</sup> Denkbar wäre es auch, dem Minderheitsgesellschafter – der über die für die Ausübung des Minderheitsrechts erforderliche Beteiligungsschwelle nicht verfügt, es zumindest zu gestatten, einen seiner Beteiligungsquote entsprechenden Anteil am Schaden, den die betreffenden Organmitglieder oder Gesellschafter der Gesellschaft zugefügt haben, an sich selbst zur Zahlung einzuklagen. Im Sinne des Gläubigerschutzes müsste der betreffende Gesellschafter die Zahlung an die Gesellschaft allerdings herausgeben, falls die Gesellschaft innerhalb von fünf Jahren in Insolvenz verfällt und die Herausgabe zur Befriedigung der Gläubiger der Gesellschaft erforderlich ist. Zudem könnte man in diesem Fall die Schranke vorsehen, dass die Geltendmachung der Ersatzansprüche nicht gegen das Wohl der Gesellschaft<sup>264</sup> verstoßen darf.

Zu erwägen ist schließlich auch noch, der Entlastung der Organmitglieder überhaupt die Verzichtswirkung zu nehmen und die Entlastung als bloßen „Vertrauensbeweis“ zu definieren. Auf diese Weise könnte man zugleich das Problem lösen, dass die Entlastung missbräuchlich oder unter Verletzung von Stimmrechtsausschlüssen<sup>265</sup> beschlossen und auf diese Weise der Minderheit die Möglichkeit der Verfolgung von Ersatzansprüchen durch die Gesellschaft – und somit ohne individuelles Kostenrisiko – genommen oder zumindest erheblich erschwert wird.

Die Regelung der **Minderheitsschadenersatzklage** gegen Geschäftsführer, Verwaltungsrats- und Aufsichtsratsmitglieder und Gesellschafter sollte daher eine Weiterentwicklung der bestehenden Regelungen des GmbH- und Aktienrechts beinhalten und Aspekten des deutschen Aktienrechts einbeziehen. Sie sollte demgemäß wie folgt aussehen:

- Gesellschafter, deren Einlagen 1 % des Nennkapitals oder den Nennbetrag von € 5.000,- oder den im Gesellschaftsvertrag festgesetzten geringeren Betrag erreichen<sup>266</sup>, können die Ersatzansprüche, die der Gesellschaft gegen Gesellschafter, Geschäftsführer und Mitglieder des Verwaltungs- oder Aufsichtsrats zustehen, geltend machen, wenn die Verfolgung dieser Ansprüche durch Beschluss der Gesellschafter abgelehnt oder ein darauf abzielender Antrag nicht zur Beschlussfassung gebracht worden ist.

---

<sup>263</sup> Vgl auch *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG3 § 48 Rz 16 (ergänzende Vertragsauslegung); *Hadding*, GesRZ 1984, 32 (42); *Kalss/Schauer*, Gutachten zum 16. ÖJT (2006), II/1, 254ff.

<sup>264</sup> Dazu § 148 Abs 1 Z 4 dAktG zum deutschen Klagezulassungsverfahren; dazu näher *Spindler* in *K. Schmidt/Lutter*, AktG<sup>3</sup> § 148 Rz 29 ff.

<sup>265</sup> Siehe dazu *J. Reich-Rohrwig*, GesRZ 2020, Heft Nr. 4.

<sup>266</sup> Vgl auch *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG3 § 48 Rz 16 (ergänzende Vertragsauslegung); *Hadding*, GesRZ 1984, 32 (42).

- Die Klage muss binnen eines Jahres von dem Tag der erfolgten oder vereitelten Beschlussfassung erhoben werden. Diese Frist beginnt jedoch im Falle der Anfechtung eines Entlastungsbeschlusses und im Falle der Durchführung einer Sonderprüfung nicht vor Rechtskraft der über die Anfechtung des Entlastungsbeschlusses ergangenen Entscheidung bzw nicht vor Vorlage des schriftlichen Berichtes über die Sonderprüfung samt allfälliger Ergänzungen dieses Berichtes zu laufen. Gleiches gilt in Fällen der arglistigen Herbeiführung der Fristversäumnis durch die Gesellschaft, durch ihre Organe oder durch Gesellschafter.<sup>267</sup>
- Dem Beklagten ist auf Antrag wegen der Nachteile, die ihm drohen, von den Klägern eine nach freiem Ermessen des Gerichts zu bestimmende Sicherheit zu leisten.
- Erweist sich die Klage als unbegründet und fällt dem Kläger bei Erhebung der Klage eine böse Absicht oder grobe Fahrlässigkeit zur Last, so hat er dem Beklagten den Schaden zu ersetzen. Mehrere Kläger haften zur ungeteilten Hand.
- Erweist sich die Klage als begründet und fällt dem Beklagten eine böse Absicht oder grobe Fahrlässigkeit zur Last, so hat er dem oder den Klägern auch alle Kosten zu ersetzen, die diese zur Prüfung und Einsicht in die Geschäftsbücher und zur Prüfung der Ersatzansprüche, einschließlich Gutachterkosten, aufgewendet haben, auch über die nach den Kostenersatzregeln der ZPO zu ersetzenden Beträge hinaus.
- Soweit Geschäftsführer, Mitglieder des Verwaltungsrats oder des Aufsichtsrats oder Gesellschafter andere Gesellschafter in deren eigenen Rechten schädigen und der Schaden nicht primär im Vermögen der Gesellschaft eintritt, finden auf Ersatzklagen von Gesellschaftern die vorstehenden einschränkenden Voraussetzungen keine Anwendung.

## 5.5 Fünfter Abschnitt: Individualrechte der Gesellschafter

Jede gesellschaftliche Organisation bringt Einwirkungsmöglichkeiten der Gesellschafter, die unmittelbar oder mittelbar in die Rechtsphäre der anderen Gesellschafter mehr oder minder stark eingreifen, mit sich. Dazu gehören vor allem Beschlüsse, die mit Mehrheit oder qualifizierter Mehrheit gefasst werden können und die dann auch für die überstimmten Gesellschafter verbindlich sind. Mehrheitsbeschlüsse, auch solche mit qualifizierter Mehrheit gefasst, können treuwidrig sein, gegen Treu und Glauben verstoßen, rechtsmissbräuchlich sein oder über „ungeschriebene“ Regeln dessen, was man sich im

---

<sup>267</sup> Vgl § 1501 ABGB und die dazu ergangene Rechtsprechung: OGH 2 Ob 343/55 SZ 28/149; 2 Ob 52/68 JBl 1969, 442; 2 Ob 166/67 SZ 40/100; 1 Ob 158/74 SZ 47/104; 7 Ob 501/86 SZ 59/126; 7 Ob 540/89 SZ 62/64 uva; dies gilt insbesondere auch für Fälle, in denen dem Gesellschafter die Bucheinsicht zur Gänze oder teilweise verwehrt wurde. *M. Bydlinski in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 1501 Rz 2.*

Gesellschaftsverhältnis erwarten darf, verstoßen. Hier hat die Rechtsprechung durch Einführung der „materiellen Beschlusskontrolle“ die Mehrheitsmacht beschränkt und sich für den Schutz des einzelnen Gesellschafters ausgesprochen.

Die Schwierigkeit jeder Kodifikation einer neuen Rechtsform besteht darin, dass nicht alle Fallkonstellationen, die sich in Zukunft ergeben werden, vorhergesehen werden können.

Als Individualrechte der Gesellschafter sind aber bei der Austrian Limited jedenfalls vorzusehen: Das Stimmrecht jedes Gesellschafters (sofern er sich nicht kraft privatautonomer Entscheidung mit einem stimmrechtslosen Anteil begnügt hat), sein Gewinnanspruch<sup>268</sup>, das Recht zur Teilnahme an Gesellschafterversammlungen, das Recht, in deren Rahmen das Wort zu ergreifen und Anträge zu stellen, das Recht zur Erhebung gesellschaftsrechtlicher Klagen, wie der Anfechtungs-, Nichtigkeits-, positiver Beschlussfeststellungs- oder Zustimmungsklage, das Recht zur Erhebung der Abberufungsklage gegen Geschäftsführer (§ 16 Abs 2 GmbHG analog), das Auskunfts- und Bucheinsichtsrecht, das Antragsrecht in Generalversammlungen und ferner die Einberufung einer Generalversammlung dann, wenn der betreffende Gesellschafter seinen Gesellschaftsanteil veräußern will.

Ferner sollte auch bei der GmbH der Ausschluss von GmbH-Gesellschaftern nicht nur dann ermöglicht werden, wenn sie sich mit der Erbringung von Stammeinlagen oder Nachschüssen in qualifiziertem Verzug befinden, sondern auch dann, wenn ihre Beibehaltung als Gesellschafter aus sonstigen wichtigen Gründen unzumutbar ist.<sup>269</sup> Auf diese Weise wird dem Rechtsgedanken des § 1175 Abs 4 GmbHG am besten entsprochen.<sup>270</sup>

Der Ausschluss nach dem Gesellschafterausschlussgesetz in Bezug auf eine bis zu 10 %ige Minderheit ist nach dem Gesellschafterausschlussgesetz gleichfalls anwendbar.

Zu den Individualrechten gehört auch die in diesem Gutachten vorgesehene Klage auf Ausschluss anderer Gesellschafter aus wichtigem Grund und die Klage gegen die Geschäftsführung auf Unterlassung kompetenzwidriger Geschäfte oder Maßnahmen, für die

---

<sup>268</sup> Daher bedarf die Änderung des Gesellschaftszwecks in Richtung Gemeinnützigkeit der Zustimmung jedes Gesellschafters.

<sup>269</sup> Auf ähnlich schwere Pflichtverletzungen, die Mitgesellschafter ihrerseits gesetzt haben, ist Bedacht zu nehmen: vgl. OGH 5 Ob 502/91 GesRZ 1992, 202 = wbl 1992, 97; 6 Ob 1549, 1550/90 ecolex 1991, 394; *Koppensteiner/Auer in Straube/Ratka/Rauter*, WK UGB<sup>4</sup> § 140 Rz 9.

<sup>270</sup> So auch *J. Reich-Rohrwig*, Ausschluss von GmbH-Gesellschaftern aus wichtigem Grund nach der GesBR-Reform, in FS *Koppensteiner II* (2016) 235 ff; *Koppensteiner*, wbl 2015, 301. *Rauter* in WK GmbHG, § 75 Rz 131. Gegenteilig die Rechtsprechung vor der GesBR-Reform: OGH 6 Ob 80/11z ecolex 2012, 145.

der dafür notwendige Gesellschafterbeschluss nicht vorliegt.<sup>271</sup> Als solches Individualrecht muss auch die Klage jedes Gesellschafters auf Unterlassung jeder Geschäftsführertätigkeit gegen abberufene Geschäftsführer und die Klage gegen Mitgesellschafter, die sich die Geschäftsführung rechtswidrig anmaßen, eingeführt werden, wie dies bei Personengesellschaften mit der *actio pro socio* möglich ist.<sup>272</sup>

## 5.6 Sechster Abschnitt: Änderungen des Gesellschaftsvertrags

### 5.6.1 Änderungen im Allgemeinen

#### a) Überblick

Im **Personengesellschaftsrecht** kann nach allgemeinen Grundsätzen der Gesellschaftsvertrag nur einstimmig geändert werden,<sup>273</sup> sofern nicht Mehrheitsbeschlüsse zugelassen sind.<sup>274</sup>

Im Bereich des **Kapitalgesellschaftsrechts** sind Satzungsänderungen, die mit (qualifizierter) Mehrheit beschlossen werden können, seit jeher zulässig:

Bei der **GmbH** ist die 3/4-Stimmenmehrheit in der Regel das Mindest-Mehrheitserfordernis, das durch den Gesellschaftsvertrag nur überschritten werden darf.<sup>275</sup> Für Änderungen des Unternehmensgegenstands einer GmbH ist sogar Einstimmigkeit vorgeschrieben, sofern der Gesellschaftsvertrag nichts anderes festsetzt (§ 50 Abs 3 GmbHG). Gemäß § 50 Abs 4 GmbHG bedürfen eine Vermehrung der den Gesellschaftern obliegenden Leistungen oder eine Verkürzung der einzelnen Gesellschaftern eingeräumten Rechte der Zustimmung sämtlicher betroffener Gesellschafter. Dazu zählen vor allem Sonderrechte,

---

<sup>271</sup> Vgl. J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer in Artmann/Karollus, AktG<sup>6</sup> § 84 Rz 46 f mwN aus der deutschen und österreichischen Rsp und Literatur; H. Keinert/C. Keinert-Ksin, Ungeschriebene Kompetenzen der Gesellschafterversammlung („Holzmüller-Doktrin“) (2018); Baumgartner/Mollhuber/U. Torggler in U. Torggler, GmbHG § 35 Rz 2; Arnold/Pampel in Gruber/Harrer, GmbHG<sup>2</sup> § 20 Rz 12; Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, ÖGesR<sup>2</sup> Rz 4/280 ff; zu rechtsgestaltenden und feststellenden Innenprozessen s auch Kalss/Schauer, Gutachten zum 16. ÖJT (2006), II/1, 259ff; OGH 2 Ob 2146/96v SZ 69/254; 6 Ob 38/18h ecolex 2018, 1004.

<sup>272</sup> Die gegenteilige Rechtsprechung ist extrem formalistisch und bedeutet im Ergebnis, dass das Recht nicht durchgesetzt werden kann; vgl. OGH 3 Ob 136/23 SZ 5/71; 6 Ob 575/77 SZ 50/51; 6 Ob 576/78 GesRZ 1978, 179.

<sup>273</sup> Zur GesBR OGH 4 Ob 229/07s ecolex 2008, 831; zur OG/KG § 119 Abs 1 UGB.

<sup>274</sup> § 119 Abs 2 UGB; OGH 4 Ob 229/07s ecolex 2008, 831.

<sup>275</sup> § 50 Abs 1 GmbHG; eine Ausnahme enthält § 50 Abs 2 GmbHG für die Herabsetzung der den Geschäftsführern oder den Mitgliedern des Aufsichtsrats nach dem Gesellschaftsvertrag zukommenden Entlohnung.

also etwa Nominierungs- und Entsendungsrechte, Vorrechte beim Gewinnbezug oder Liquidationserlös sowie Übertragungsbeschränkungen.<sup>276</sup> In Anlehnung an diese Bestimmung wird auch bei Eingriffen in den Kernbereich der Mitgliedschaft ein einstimmiger Beschluss der Gesellschafter verlangt.<sup>277</sup>

Im **Aktienrecht** gilt zwar für viele Änderungen der Satzung gleichfalls 3/4-Kapitalmehrheit, doch kann dort die Satzung dieses Mehrheitserfordernis für „normale Fälle“ der Satzungsänderung sogar bis zur einfachen Mehrheit herabsetzen. Die einfache Mehrheit kann auf diese Weise auch für Kapitalerhöhungsbeschlüsse zugelassen werden, und zwar unter der Voraussetzung, dass das Bezugsrecht der Altaktionäre gewahrt bleibt.<sup>278</sup> Falls zwei oder mehrere Aktiegattungen vorhanden sind, bedarf ein satzungsändernder Beschluss, mit dem deren Verhältnis zum Nachteil einer Gattung geändert werden soll, eines in gesonderter Abstimmung gefassten Beschlusses der benachteiligten Aktionäre (§ 146 Abs 2 AktG).

Ähnliche Regelungen finden sich auch in zahlreichen Rechtsordnungen für ausländische Kapitalgesellschaften. Daher lautet unser Vorschlag, die Regelung über Änderungen des Gesellschaftsvertrags, wie sie im GmbHG enthalten ist, sinngleich zu übernehmen, allerdings auch etwas weiterzuentwickeln.

b) Funktion von Mehrheitsbeschlüssen für die Änderung des Gesellschaftsvertrags  
An dieser Stelle soll auch auf die Funktion, die eine mehrheitlich beschlossene Änderung des Gesellschaftsvertrags haben kann, in aller Kürze eingegangen werden:

Änderungen der wirtschaftlichen Verhältnisse oder der Entwicklung des Unternehmens können es notwendig machen, den Gesellschaftsvertrag zu ändern. Dazu gehört insbesondere auch die Änderung der Kapitalgrundlage, des Nennkapitals und die Ausgabe neuer Anteile, wodurch weiteres Kapital aufgenommen wird, das entweder von den bisherigen Gesellschaftern oder von neuen Kapitalgebern gezeichnet wird. Bei Startups ist das ein ganz wesentlicher Aspekt, auf den wir unten sowie im Zusammenhang mit Kapitalerhöhungen in Punkt 5.6.2 noch zu sprechen kommen werden.

Die möglichen Änderungen des Gesellschaftsvertrags können nach ihrem Inhalt in die folgenden Gruppen unterteilt werden:

---

<sup>276</sup> *Diregger in U. Torggler, GmbHG § 50 Rz 17.*

<sup>277</sup> *Vgl OGH 6 Ob 104/17p, ecolex 2018, 834.*

<sup>278</sup> *OGH 3 Ob 152/02b, ecolex 2004, 285.*

- (i) Als erste Kategorie sind Änderungsbeschlüsse zu nennen, die lediglich die Organisation der Gesellschaft ändern und die die Rechtsstellung des einzelnen Gesellschafters unberührt lassen – für ihn also „neutral“ sind –, etwa indem die Geschäftsführungs- oder Vertretungsregelung für die Geschäftsführer geändert, ein Beirat eingeführt wird, zustimmungspflichtige Geschäfte festgesetzt oder deren Betragsgrenzen an die aktuellen Verhältnisse angepasst werden u.ä.
  
- (ii) Als zweite Kategorie kann man gesellschaftsvertragsändernde Gesellschafterbeschlüsse nennen, die gewisse unmittelbare Rückwirkungen auf jeden einzelnen Gesellschafter haben, wie etwa die Einführung eines Aufsichtsrats bei gleichzeitigem Ausschluss des Bucheinsichtsrechts jedes Gesellschafters, oder die Herabsetzung einer gesellschaftsvertraglich – allerdings nicht als Sonderrecht – vereinbarten qualifizierten Stimmenmehrheit auf eine niedrigere Mehrheit, sodass etwa ein Gesellschafter seine bisherige Sperrminorität verliert: Diese Gesellschafterbeschlüsse haben schon eine eindeutige, aus Sicht des einzelnen Gesellschafters für ihn beeinträchtigende Wirkung, wenngleich noch nicht in ein Sonderrecht eingegriffen wird. In derartigen Fällen wird die mehrheitlich beschlossene Vertragsänderung aber von der Judikatur zurecht an inhaltlichen Maßstäben, wie etwa dem Gleichbehandlungsgrundsatz, der Treuepflicht, dem gelindesten Mittel, der Rücksichtnahme auf die Interessen der Mitgesellschafter oder dem Verbot einer willkürlichen, die Minderheit schädigenden Verfolgung von Eigeninteressen gemessen.<sup>279</sup> Dabei kann auch die hohe Zustimmung, die über die gesetzlich erforderliche Mehrheit hinausgeht, eine erhöhte Richtigkeitsgewähr des Beschlusses bedeuten.<sup>280</sup>
  
- (iii) Als dritte Kategorie sind Beschlüsse zu nennen, die in den „Kernbereich der Mitgliedschaftsrechte“ des einzelnen Gesellschafters eingreifen.<sup>281</sup> Wenngleich in der Lehre umstritten ist, welche Rechte dazu gehören, scheint es uns unzweifelhaft, dass etwa die nachträgliche Einführung einer Vertragsregelung über die Zwangseinziehung von Aktien – für die der einzelne Gesellschafter keine Zustimmung erteilt – einen solchen Eingriff bedeutet (das Gesetz stellt ja auch insofern klar, dass dies ohne seine Zustimmung nicht möglich ist). Dasselbe gilt für die nachträgliche Einführung einer Veräußerungsbeschränkung von Anteilen und/o-

---

<sup>279</sup> OGH 5 Ob 649/80 SZ 53/172; 5 Ob 526/84 GesRZ 1986, 36; 4 Ob 2147/96f GesRZ 1997, 100; 4 Ob 229/07s ecolex 2008, 831.

<sup>280</sup> OGH 4 Ob 229/07s ecolex 2008, 831 uHa BGH II ZR 261/86 NJW 1988, 411.

<sup>281</sup> Zum Kernbereich *Roth*, Vertragsänderungen im Kernbereich, JBl 2005, 80 ff; *Thöny* in *Zib/Dellinger*, UGB § 119 Rz 125 ff.

der eines Vorkaufsrechts für Mitgesellschafter, weil dadurch die bisher freie Übertragbarkeit von Anteilen eingeschränkt oder beseitigt wird.<sup>282</sup> Ähnliches gilt, wenn der Mehrheitsbeschluss durch formelle Änderung des Gesellschaftsvertrags in Gewinnansprüche des Gesellschafters eingreift.<sup>283</sup> Als Eingriffe in den Kernbereich der Mitgliedschaft werden auch die Einführung einer Ausschlussmöglichkeit durch Mehrheitsbeschluss der Gesellschafter<sup>284</sup> und die Einführung einer gesellschaftsvertraglichen Schiedsabrede angesehen.<sup>285</sup> Auch wenn der Gleichbehandlungsgrundsatz eingehalten wird, müsste ein derartiger Eingriff notwendig und zugleich sachlich gerechtfertigt sein. Bei Kapitalerhöhungen ist hingegen die Änderung des Gewinnanteils als bloßes „Herabsinken“ infolge verbreiteter Kapitalbasis, wenn sie unter Gleichbehandlung aller Alt-Gesellschafter und unter vernünftiger Interessen-Wahrung in Anbetracht der Wertverhältnisse (also gegebenenfalls mit Aufgeld der Investoren) erfolgt, kein verbotener Eingriff in den Kernbereich. Der Eingriff in bzw der Entzug von Sonderrechte(n) eines Gesellschafters kann hingegen nicht durch satzungsändernde Mehrheit gegen den Willen des sonderberechtigten Gesellschafters beschlossen werden.<sup>286</sup> Er kann allenfalls durch Klage erreicht werden, wenn ein wichtiger Grund für den Entzug des Sonderrechts vorliegt.<sup>287</sup>

- (iv) Letztlich gibt es auch Rechtspositionen und die Rechtsphäre des Gesellschafters, in die durch Mehrheitsbeschluss nicht eingegriffen werden kann, sodass also auch der Umstand, dass der Gesellschafter trotz gehöriger Ladung an der Generalversammlung nicht teilnimmt und/oder den betreffenden Gesellschafterbeschluss nicht anfecht, keine Heilung des von den anderen Gesellschaftern beschlossenen Eingriffs in seine Rechtsphäre bewirken kann. Vielfach wird hier von einem Eingriff in die „**Drittrechte**“ des Gesellschafters gesprochen. So wären etwa Beschlüsse, die den einzelnen Gesellschafter – ohne dass hier im Gesellschaftsvertrag von vornherein eine entsprechende Ermächtigung vorgesehen ist – Nachschüsse oder die Verpflichtung zur Gewährung von Darlehen oder zur Erhöhung seiner Einlagen verpflichtet, schwebend unwirksam; sobald der davon betroffene Gesellschafter

---

<sup>282</sup> OGH 6 Ob 4/15d ecolex 2015, 680; 6 Ob 104/17p GesRZ 2018,117 (Ratka); s auch *Eckert/Schopper* in *Artmann/Karollus*, AktG<sup>6</sup> Vor § 195 Rz 17 mwN, die zwischen „unverzichtbaren Rechten“ und „relativ unentziehbaren Rechten“ unterscheiden.

<sup>283</sup> *Schopper/Walch*, Ausgewählte Fragen zur Gewinnverwendung und -verteilung im Kapitalgesellschaftsrecht, NZ 2018, 441 (454); *Bayer*, MüKo AktG<sup>4</sup> § 58 Rz 113; *Thöny* in *Zib/Dellinger*, UGB § 119 Rz 125 ff.

<sup>284</sup> OGH 1 Ob 531/86 NZ 1987, 211 (zur KG).

<sup>285</sup> OGH 6 Ob 104/17p ecolex 2018, 834.

<sup>286</sup> OGH 4 Ob 229/07s ecolex 2008, 831.

<sup>287</sup> Vgl OGH 6 Ob 8/74 SZ 47/70.

erklärt, dem nicht zuzustimmen, sind solche Beschlüsse endgültig unwirksam. Einer Anfechtung zwecks Beseitigung des betreffenden Gesellschafterschlusses bedarf es nicht.

In legistischer Hinsicht ist zu erwähnen, dass es ausgeschlossen scheint, die hier notwendigen Differenzierungen in allen Einzelheiten und allen Fallkonstellationen vorherzusehen, sodass die Ausdifferenzierung der Rechtsprechung überlassen bleiben muss.

Gleichwohl sollte die Regelung für die Austrian Limited folgende Eckpunkte umfassen:

- Änderungen des Gesellschaftsvertrags bedürfen grundsätzlich einer 3/4-Stimmmehrheit; der Gesellschaftsvertrag kann ein höheres Mehrheitserfordernis vorsehen. Für Änderungen des Unternehmensgegenstandes gilt dies gleichermaßen, wenn dieser auf sachlich verwandte Bereiche ausgedehnt wird; andernfalls ist Einstimmigkeit erforderlich.
- Belastungen des Gesellschafters ebenso wie der Entzug von Sonderrechten können nur – bei sonstiger Unwirksamkeit – mit dessen Zustimmung beschlossen werden (so schon § 50 Abs 4 GmbHG).
- Die Benachteiligung einzelner Anteilsgattungen durch satzungsändernden Beschluss sollte nach aktienrechtlichem Vorbild zugelassen werden.
- Die Herabsetzung einer gesellschaftsvertraglich geregelten Entlohnung von Geschäftsführern und Aufsichtsratsmitgliedern soll nach dem Vorbild des § 50 Abs 2 GmbHG mit einfacher Mehrheit beschlossen werden können.

#### c) Erfordernisse für die Finanzierung von Startups

In der Praxis ist die Zufuhr weiteren Kapitals, die sich bei Startups regelmäßig in mehreren Finanzierungsrunden vollzieht und daher mehrere Änderungen des Gesellschaftsvertrags – sowohl was die Kapitalziffer, als auch die Höhe des Agios als auch die Schaffung bevorrechteter Gattungen von Anteilen, Stammanteile Series A, B, C usw) betrifft – erforderlich macht, eine Herausforderung. Es ist nämlich nicht immer klar abgrenzbar, ob die Zustimmung jedes einzelnen Alt-Gesellschafters erforderlich ist. Das eröffnet Minderheitsgesellschaftern mitunter ein Erpressungspotential und die Finanzierung des Startups kann durch opportunistisches Verhalten Einzelner gefährdet werden. Wie mit solchen Missbrauchsfällen umgegangen werden soll, ist in der Lehre nicht eindeutig geklärt. Zum Teil wird argumentiert, dass die Zustimmung eines Gesellschafters nicht notwendig sein soll,

wenn es dafür einen wichtigen Grund gibt.<sup>288</sup> Zum Teil wird eine Lösung über die Treuepflicht argumentiert, wobei nur in Ausnahmefällen eine klagbare Zustimmungspflicht bestehen soll, etwa wenn es für die Erhaltung der Lebensfähigkeit der Gesellschaft erforderlich ist und die Interessen des betroffenen Gesellschafters nur geringfügig betroffen sind.<sup>289</sup> Diese Rechtsunsicherheit führt in der Praxis dazu, dass derartige Änderungen nur einstimmig beschlossen werden. Vertragliche Gestaltungen für den Fall, dass dies nicht möglich ist, sind regelmäßig zeit- und kostenintensiv für die Gesellschaft.

Bei der Austrian Limited sollte es daher – nach aktienrechtlichem Vorbild – möglich sein, in bestehende Rechte einer bestimmten Anteilsklasse einzugreifen, wenn der Beschluss mit qualifizierter Mehrheit gefasst wird und zusätzlich ein Beschluss der nachteilig betroffenen Anteilsklasse mit einfacher (oder, wenn das auch trotz der ohnehin schon vorgesehenen allgemeinen qualifizierten Mehrheit für nicht ausreichend befunden wird, zumindest mit qualifizierter Mehrheit) gefasst wird. Wer als Gesellschafter der nachteilig betroffenen Anteilsklasse zugleich, weil er auch einen Gesellschaftsanteil einer bevorteilten Anteilsklasse hält, einer Interessenkollision unterliegt, ist dann nach allgemeinen Grundsätzen bei der Abstimmung vom Stimmrecht ausgeschlossen.

### **5.6.2 Erhöhung des Nennkapitals (ordentliche Kapitalerhöhung, genehmigtes Kapital, bedingtes Kapital, bedingt-genehmigtes Kapital, Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln)**

#### a) Vorbemerkungen

Startups, die insbesondere durch Risiko- bzw sonstige Eigenkapitalgeber finanziert werden, haben spätestens nach den ersten Finanzierungsrunden oft einen größeren und internationalen Gesellschafterkreis. Dadurch werden die für weitere Finanzierungsrunden notwendigen Kapitalerhöhungen im österreichischen GmbH-Recht aufwändig und zeitintensiv. Insbesondere bei ausländischen Investoren, die aus anderen Rechtsordnungen eine deutlich einfachere und raschere Abwicklung von Finanzierungsrunden und Kapitalerhöhungen gewohnt sind, stoßen die hohen formalen Anforderungen und die damit verbundene zeitliche Verzögerung von Transaktionen mitunter auf Verwunderung und Unverständnis. Sie sind auch für österreichische Startups nachteilig, weil Investoren (insbesondere bei größeren Finanzierungsrunden) regelmäßig erst bereit sind, den Hauptteil des Investments (dabei handelt es sich zumeist um Gesellschafterzuschüsse) an die Ge-

---

<sup>288</sup> Reich-Rohrwig, Empirische Untersuchung über die GmbH in Österreich, in FS Frotz (1993), 381 (430); Koppensteiner/Rüffler GmbHG<sup>3</sup> § 50 Rz 14.

<sup>289</sup> Dregger in U. Torggler, GmbHG § 50 Rz 19; Milchrahm/Rauter in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 50 Rz 60.

sellschaft zu leisten, wenn die Kapitalerhöhung im Firmenbuch (und damit auch der Anteilsbesitz) eingetragen ist. Durch zahlreiche bestehende Formalismen kann sich die Eintragung derart verzögern, dass die Gesellschaft trotz zugesagtem Investment nahezu illiquid wird und mitunter durch einfachere Instrumente (Darlehen etc) zwischenfinanziert werden muss. Eine einfache und unbürokratische Möglichkeit, das Nennkapital der Austrian Limited zu erhöhen, wäre daher ein wesentlicher Schritt zur Steigerung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit der neuen Rechtsform. Sie würde dadurch auch für ausländische Investoren attraktiver. Die Aufnahme von Risikokapital könnte durch die Einführung weiterer Formen der Kapitalerhöhung – wie etwa eines genehmigten oder bedingten Kapitals – zusätzlich erleichtert werden. Damit wären auch komplexe Strukturierungen von Wandeldarlehen, die zwar ein gängiges Finanzierungsinstrument bei Startups sind, jedoch derzeit mit keinem Kapital in der GmbH unterlegt werden können, hinfällig.

#### b) Ordentliche Kapitalerhöhung

Für die Erhöhung des Stammkapitals der GmbH sind im österreichischen Recht mehrere Schritte notwendig: Die Erhöhung des Stammkapitals bedarf zunächst eines Beschlusses der Gesellschafter auf Änderung des Gesellschaftsvertrags mit Dreiviertelmehrheit. Ein solcher Beschluss kann jedoch aufgrund des Erfordernisses der notariellen Beurkundung nur im Rahmen einer Generalversammlung gefasst werden, ein Umlaufbeschluss genügt nach einem Teil der Lehre nicht.<sup>290</sup> Ein anderer Teil der Lehre spricht sich für die Zulässigkeit der Beschlussfassung im Umlaufwege aus, weil eine notarielle Beurkundung auch für diese Art der Beschlussfassung möglich sei.<sup>291</sup> In der Praxis wird allerdings (sofern möglich) aus Gründen der Rechtssicherheit eine Vollversammlung der Gesellschafter abgehalten, in der auf sämtliche Einberufungsvorschriften (auch auf die siebentägige Einberufungsfrist gemäß § 38 Abs 1 GmbHG) verzichtet wird. Das ist allerdings – gerade bei einem internationalen Gesellschafterkreis – mit einem hohen administrativen Aufwand und zusätzlichen Kosten verbunden, insbesondere bei erforderlicher Beglaubigung bzw Überbeglaubigung (Apostille) der Vollmachten im Ausland und Vorlage entsprechender Vertretungsnachweise für ausländische juristische Personen. Selbiges gilt für die ebenfalls gemäß § 52 Abs 2 GmbHG notariatsaktspflichtige Übernahme- und Beitrittserklärung der neuen Gesellschafter. Zudem werden im Rahmen von Finanzierungsrunden üblicherweise ein Beteiligungsvertrag (Investment Agreement) und ein Syndikatsvertrag (Shareholders' Agreement) abgeschlossen. Da diese Verträge in der Regel auch Bestimmungen

---

<sup>290</sup> Billek/Ettmayer/Ratka/Jost in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 52 Rz 14; *Gellis/Feil*, GmbHG<sup>7</sup> § 52 Rz 4.

<sup>291</sup> *Enzinger* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 34 Rz 63; *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung § 5 UmwG Rz 3; *Bachner*, Anmerkungen zur Übernahme der vereinfachten Kapitalherabsetzung in das GmbH-Recht, *GesRZ* 1998, 2 (10); *Nowotny*, Neue Medien und Gesellschaftsrecht, in *FS Krejci* (2001), 771 (775); *Koppensteiner/Rüffler* GmbHG<sup>3</sup> § 34 Rz 21; *Ulmer/Hüffer* § 48 Rz 54; *Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 34 Rz 10.

enthalten, die die Verpflichtung oder das Recht zur künftigen Übernahme einer neuen Stammeinlage und/oder zur Übertragung von Geschäftsanteilen beinhalten, müssen auch diese Verträge in Form eines Notariatsaktes abgeschlossen werden.<sup>292</sup> Das bedeutet insbesondere auch einen zusätzlichen Zeit- und Kostenfaktor.

Auch die Erhöhung des Grundkapitals der Aktiengesellschaft bedarf einer Satzungsänderung<sup>293</sup> und der Durchführung einer Hauptversammlung, deren Einberufung mit noch längeren Fristen und höheren Formalanforderungen sowie Kosten verbunden ist.

Die ordentliche Kapitalerhöhung der Austrian Limited sollte im Einklang mit dem österreichischen Kapitalgesellschaftsrecht und dem darin bewährten Kompetenzgefüge – so wie jede Änderung des Gesellschaftsvertrags – der Beschlussfassung der Gesellschafter vorbehalten sein. Der Beschluss über die Erhöhung des Nennkapitals sollte dabei entsprechend den Ausführungen in Punkt 5.3.3 kein Abhalten einer Präsenzversammlung erfordern, sondern auch im Umlaufwege und wie unter Punkt 3.1.1 ausgeführt ohne zusätzliche Formerfordernisse gefasst werden können. Die Zeichnungsscheine bzw. Übernahme- und Beitrittserklärungen sollten ohne notarielle Beurkundung und in einfacher Schriftform unterfertigt werden können (wie dies ja auch bei Aktiengesellschaften der Fall ist). Um einem häufigen Wunsch der Praxis zu entsprechen, sollte dafür nicht die (handschriftliche) Unterschrift erforderlich sein, sondern eine Unterschrift auch unter Verwendung von elektronischen Signaturprogrammen (zB DocuSign, HelloSign), die nicht den strengen Anforderungen einer qualifizierten elektronischen Signatur entsprechen, genügen.

Wie im GmbH- und Aktienrecht vorgesehen,<sup>294</sup> sollen die bestehenden Gesellschafter auch in der Austrian Limited grundsätzlich das Recht haben, an der Kapitalerhöhung entsprechend ihrer Beteiligungsquote zu partizipieren (Bezugsrecht). Der Ausschluss des Bezugsrechts soll nach den zum GmbH- und Aktienrecht entwickelten Grundsätzen<sup>295</sup> möglich sein. Dementsprechend soll es zulässig sein, im Einzelfall durch qualifizierten Mehrheitsbeschluss in das Bezugsrecht der Gesellschafter einzugreifen, wenn der Eingriff im Interesse der Gesellschaft erforderlich, zur Erreichung dieses Zweckes geeignet, das geringste Mittel und verhältnismäßig ist. Daneben soll natürlich – unabhängig von einer sachlichen Rechtfertigung – stets die Möglichkeit bestehen, dass sämtliche Gesellschafter

---

<sup>292</sup> Vgl § 53 Abs 2 GmbHG.

<sup>293</sup> Vgl *Hausmaninger/Taufner in Gratzl/Hausmaninger/Justich*, Handbuch zur Aktiengesellschaft<sup>2</sup>, Grundlagen und Rechtsform der AG Rz 39.

<sup>294</sup> Vgl § 52 Abs 2 GmbHG und § 153 AktG.

<sup>295</sup> Die Grundsätze des Bezugsrechtsausschlusses können nach Ansicht der Lehre wechselseitig im GmbH und im Aktienrecht angewandt werden, vgl dazu *Billek/Ettmayer/Ratka/Jost in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 52 Rz 44. Zum Ausschluss des Bezugsrechts vgl OGH 5 Ob 649/80 SZ 53/172; 5 Ob 526/84 GesRZ 1986, 36.

auf ihr Bezugsrecht verzichten. Auch sollte der Gesellschaftsvertrag von vornherein (mit Zustimmung aller (Gründungs-)Gesellschafter) das Bezugsrecht generell ausschließen können, wie dies derzeit schon § 52 Abs 3 GmbHG regelt.

Nach aktienrechtlichem Vorbild<sup>296</sup> haben die Geschäftsführer immer dann spätestens mit der Einberufung jener Generalversammlung oder Einleitung der Beschlussfassung im Umlaufweg einen Bericht zu erstatten, wenn das Bezugsrecht ausgeschlossen werden soll, sofern nicht alle Gesellschafter auf diesen Bericht verzichten.

Wie in § 52 Abs 3 GmbHG vorgesehen und anders als im Aktienrecht,<sup>297</sup> sollte es bei der Austrian Limited auch möglich sein, eine anderweitige Regelung des Bezugsrechts zu vereinbaren. Dies sollte nicht nur im Gesellschaftsvertrag und im Kapitalerhöhungsbeschluss selbst, sondern auch durch späteren Gesellschafterbeschluss mit der Mehrheit, die für die Änderungen des Gesellschaftsvertrags erforderlich ist, möglich sein. In der Praxis besteht das Bedürfnis nach einem Vorwegverzicht auf das Bezugsrecht insbesondere im Zusammenhang mit Vereinbarungen zum Verwässerungsschutz. Investoren wird häufig für den Fall einer Finanzierungsrunde, die einer Finanzierungsrunde zu einer niedrigeren Bewertung nachfolgt (so genannte Down Round<sup>298</sup>), das Recht eingeräumt, eine vorab vertraglich vereinbarte Anzahl an Anteilen nachträglich zum Nominale zu übernehmen (wirtschaftlicher Verwässerungsschutz). Es sollte daher die Möglichkeit geschaffen werden, dass die Gesellschafter der Austrian Limited zur Erfüllung derartiger Vorzugs-Bezugsrechte bereits vorab zum Zeitpunkt des Einstiegs der Investoren im erforderlichen Ausmaß auf das ihnen zustehende Bezugsrecht zugunsten der begünstigten Investoren verzichten können.

Jeglicher Bezugsrechtsausschluss muss dem Maßstab der Treuepflicht und des Gleichbehandlungsgrundsatzes (vgl dazu bereits Kapitel 5.1.2) entsprechen.

#### c) Genehmigtes Kapital

Um bestehende Marktchancen ausnutzen zu können und den Erwartungen internationaler Investoren gerecht zu werden, kann mitunter ein noch rascheres Handeln bei der Aufnahme von Eigenmitteln erforderlich bzw tunlich sein. Vor diesem Hintergrund ist das genehmigte Kapital ein interessantes Gestaltungsinstrument zur einfacheren Aufnahme von Risikokapital für Startups.

---

<sup>296</sup> Vgl § 153 Abs 4 AktG.

<sup>297</sup> Hier ist ein Verzicht auf das Bezugsrecht gemäß § 153 Abs 3 AktG ausschließlich im Kapitalerhöhungsbeschluss zulässig.

<sup>298</sup> Dazu *Bank/Möllmann*, *Venture Capital Agreements in Germany* 214 ff.

Das österreichische GmbHG regelt nur die ordentliche Kapitalerhöhung und lässt das genehmigte Kapital nicht zu. Das österreichische GmbH-Recht kennt somit – abgesehen von der Kapitalberichtigung, die rechtsformübergreifend für AG und GmbH im KapBG geregelt ist – nur die ordentliche Kapitalerhöhung.<sup>299</sup>

Das Konzept des genehmigten Kapitals ist bereits in der Ges-RL für die Aktiengesellschaft vorgezeichnet. In Artikel 68 Abs 2<sup>300</sup> sieht die Richtlinie vor, dass die Satzung oder die Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft zu einer Erhöhung des gezeichneten Kapitals bis zu einem gesetzlich vorgeschriebenen Höchstbetrag auch ermächtigen kann, und dass das hierzu berufene Organ innerhalb der Grenzen des festgelegten Betrages die Erhöhung des Kapitals beschließen kann. Auch die Dauer der Ermächtigung wird in der Richtlinie mit fünf Jahren vorgegeben. Die genaue Ausgestaltung der rechtlichen Rahmenbedingungen des genehmigten Kapitals überlässt die Richtlinie dem nationalen Gesetzgeber.

Das österreichische Recht hat von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht und in den §§ 169 ff AktG für den Vorstand einer Aktiengesellschaft die Möglichkeit eröffnet, auf Basis einer Ermächtigung der Hauptversammlung innerhalb eines von der Hauptversammlung festgelegten zeitlichen und finanziellen Rahmens ohne weitere Einbindung der Aktionäre, aber mit Zustimmung des Aufsichtsrats, eine Kapitalerhöhung durchzuführen. Das auch mit der Möglichkeit, den Vorstand dazu zu ermächtigen, das Bezugsrecht der Aktionäre auszuschließen. Häufig wird das genehmigte Kapital in der Praxis mit einer Ermächtigung zum Bezugsrechtsausschluss kombiniert, weil erst durch den Bezugsrechtsausschluss eine rasche Reaktion auf sich bietende Marktchancen sichergestellt wird, würde ansonsten doch eine zumindest zweiwöchige Bezugsfrist für die bestehenden Aktionäre den Prozess deutlich verlangsamen.<sup>301</sup>

Dass die grundsätzlich personalistische Struktur einer Kapitalgesellschaftsform einer flexibleren Gestaltung von Kapitalerhöhungen nicht im Wege steht, zeigt sich auch im internationalen Vergleich: Nicht nur gehört das Finanzierungsinstrument des genehmigten Kapitals bereits seit langer Zeit zum Repertoire des US-amerikanischen und englischen Kapitalgesellschaftsrechts, auch die niederländische B.V. (mit der GmbH vergleichbar), das polnische Pendant der GmbH (Sp.z.o.o.) und die italienische sowie schwedische private Kapitalgesellschaft sehen verschiedene Varianten des genehmigten Kapitals vor, teilweise

---

<sup>299</sup> *Diregger* in *U. Torggler*, GmbHG § 52 Rz 2.

<sup>300</sup> Vor Kodifizierung der Richtlinie war die Bestimmung in Artikel 25 der Zweiten Richtlinie 77/91/EWG des Rates vom 13.12.1976 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 58 Absatz 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter für die Gründung der Aktiengesellschaft sowie für die Erhaltung und Änderung ihres Kapitals vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten enthalten.

<sup>301</sup> Vgl *Koppensteiner*, Zum Entzug des Bezugsrechts beim genehmigten Kapital, GES 2019, 399 (399 f).

mit der Möglichkeit, die Entscheidung über die Kapitalerhöhung an die Geschäftsführung zu delegieren.<sup>302</sup> Durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) wurde in Deutschland das aktienrechtliche Instrument des genehmigten Kapitals auch im dGmbHG implementiert. Das dGmbHG ermöglicht in § 55a, dass der Gesellschaftsvertrag die Geschäftsführer dazu ermächtigen kann, das Stammkapital bis zu einem bestimmten Nennbetrag durch Ausgabe neuer Geschäftsanteile zu erhöhen. Das genehmigte Kapital kann bei der deutschen GmbH sowohl bereits im Gründungsgesellschaftsvertrag als auch durch dessen spätere Änderung eingeführt werden.

Nicht nur im Bereich von Venture Capital-Beteiligungen mit der Notwendigkeit zur Aufnahme weiterer Investoren, sondern auch für die direkte Beteiligung von Mitarbeitern sowie Organen und bei der Umsetzung von Wandlungsrechten könnte das genehmigte Kapital bei der Austrian Limited ein flexibles sowie vor allem rasch umzusetzendes Gestaltungsinstrument bieten. Das genehmigte Kapital ist eine Handlungsoption, die den Gesellschaften größeren Handlungsspielraum einräumt und keine zusätzlichen Kosten auslöst. Es ist daher auch aus rechtsökonomischer Sicht zu begrüßen.<sup>303</sup>

Nach dem Vorbild der §§ 169 ff AktG und § 55a dGmbHG sollte daher die Möglichkeit eines genehmigten Kapitals auch für die Austrian Limited eröffnet werden. Auch das genehmigte Kapital beruht letztlich auf einer Entscheidung der Gesellschafter, sodass auch die Austrian Limited der Kompetenzverteilung im österreichischen Kapitalgesellschaftsrecht folgt. Die Einräumung des genehmigten Kapitals könnte entweder bereits im Gründungsvertrag oder durch dessen spätere Änderung (mit entsprechender Dreiviertelmehrheit) vorgesehen werden.

Für die Ermächtigung sollte sowohl eine zeitliche Einschränkung als auch eine Begrenzung des Ausmaßes gesetzlich vorgesehen werden. In Anlehnung an das Aktienrecht und die Ges-RL könnte auch bei der Austrian Limited die Ermächtigung für fünf Jahre zugelassen werden. Sowohl nach österreichischem Aktienrecht<sup>304</sup> als auch nach deutschem GmbH-Gesetz<sup>305</sup> darf der Nennbetrag des genehmigten Kapitals maximal die Hälfte des zur Zeit der Ermächtigung vorhandenen Grundkapitals betragen. Um dem potentiellen Finanzierungsbedarf von Startups gerade in der Gründungsphase gerecht zu werden, sollte die Obergrenze innerhalb der ersten 10 Jahre nicht auf die Hälfte des vorhandenen Nennka-

---

<sup>302</sup> *Lieder*, Der Einfluss des genehmigten Kapitals auf die Dogmatik des GmbH-Rechts, ZGR 2010, 868 (887 f).

<sup>303</sup> *Lieder*, ZGR 2010, 915.

<sup>304</sup> Vgl § 169 Abs 3 AktG.

<sup>305</sup> Vgl § 55a Abs 1 dGmbHG.

pitals beschränkt sein. Denkbar wäre, dass man es nur zur Pflicht macht, im Ermächtigungsbeschluss einen bestimmbaren Höchstbetrag anzugeben, mag dieser auch ein Vielfaches des Nennkapitals sein.

Der Durchführungsbeschluss der Geschäftsführung soll formlos, aber schriftlich gefasst können und fakultativ an die Zustimmung eines Beirats gebunden werden. Sofern ein Aufsichtsrat zwingend einzurichten ist, soll der Erhöhungsbeschluss auch der Zustimmung des Aufsichtsrats bedürfen.

Die Gesellschafter sollen auch die Möglichkeit haben, von ihrem Weisungsrecht Gebrauch zu machen und die Geschäftsführung zur Ausnutzung oder Unterlassung der Ausnutzung des genehmigten Kapitals anzuweisen. Es ist in diesem Fall sicherzustellen, dass die Mehrheit, die für derartige Weisungen erforderlich ist, jedenfalls nicht geringer ist als die Mehrheit, die für die Einräumung des genehmigten Kapitals erforderlich ist.

Wie bei der ordentlichen Kapitalerhöhung kommt den Gesellschaftern grundsätzlich ein Bezugsrecht zu,<sup>306</sup> das auch beim genehmigten Kapital ausgeschlossen werden können sollte. Für den Ausschluss des Bezugsrechts können die unter Punkt 5.6.2.b. genannten im GmbH- und Aktienrecht etablierten Grundsätze herangezogen werden. Beim genehmigten Kapital bestehen grundsätzlich zwei Möglichkeiten des Bezugsrechtsausschlusses: (i) Ausschluss des Bezugsrechts bereits durch den Gesellschaftsvertrag (Direktausschluss) oder (ii) Ermächtigung der Geschäftsführung zur Entscheidung über einen Bezugsrechtsausschluss. In beiden Varianten sind dem Ermessen der Geschäftsführung Grenzen gesetzt. Beim Direktausschluss ist die Geschäftsführung an die Bedingungen des Beschlusses bzw des Gesellschaftsvertrags gebunden. Ist der Geschäftsführung die Ermächtigung zur Entscheidung über das "ob" des Bezugsrechtsausschlusses übertragen, muss der Bezugsrechtsausschluss die allgemeinen Voraussetzungen erfüllen, also insbesondere im Interesse der Gesellschaft liegen und den Gleichbehandlungsgrundsatz wahren.

In Anlehnung an die Regelung bei der Aktiengesellschaft soll auch bei der Austrian Limited die Geschäftsführung einen Bericht im Sinne des § 153 Abs 4 AktG sowohl im Zeitpunkt der Einräumung der Ermächtigung zum Bezugsrechtsausschluss als auch zum Zeitpunkt des tatsächlichen Bezugsrechtsausschlusses an die Gesellschafter erstatten, um eine wirksame Kontrolle über das Vorliegen einer sachlichen Rechtfertigung für die Gesellschafter zu ermöglichen. Wird das Bezugsrecht direkt im Kapitalerhöhungsbeschluss ausgeschlossen (Direktausschluss), ist der Bericht nur zum Zeitpunkt der Beschlussfassung, nicht aber bei der späteren Ausübung der Ermächtigung zur Kapitalerhöhung durch die

---

<sup>306</sup> *Diregger in U. Torggler, GmbHG § 52 Rz 1.*

Geschäftsführung zu erstatten. Zwischen dem Bericht und der Ausübung des genehmigten Kapitals muss zumindest eine Frist von wenigen Tagen liegen, die Frist sollte im Vergleich zur aktienrechtlichen zweiwöchigen Frist jedenfalls verkürzt werden. Denkbar wäre es auch, dass die Gesellschafter eine Dringlichkeitserleichterung im Gesellschaftsvertrag vorsehen, wie zum genehmigten Kapital in der deutschen Literatur angedacht.<sup>307</sup>

Die Bescheinigung des überwiegenden Gesellschaftsinteresses beim Bezugsrechtsabschluss stellt die Geschäftsführung insbesondere bei der Barkapitalerhöhung vor besondere Schwierigkeiten und wird auch nach der Lehre<sup>308</sup> nur in engen Grenzen anerkannt. Im deutschen Recht besteht mit der Bestimmung des § 186 Abs 3 dAktG eine Regelung, wonach der Ausschluss des Bezugsrechts bei der Barkapitalerhöhung dann zulässig ist, wenn die Kapitalerhöhung gegen Bareinlagen zehn von Hundert des Grundkapitals nicht übersteigt und der Ausgabebetrag den Börsenpreis nicht wesentlich unterschreitet. In Anlehnung an diese Bestimmung wird auch in Österreich ein Direktausschluss in dieser Höhe für zulässig erachtet.<sup>309</sup> Nach dem Vorbild des § 186 Abs 3 dAktG würde eine gesetzliche Verankerung der Zulässigkeit des Ausschlusses des Bezugsrechts für Barkapitalerhöhungen bei angemessenem Ausgabepreis eine weitere Flexibilisierung bedeuten und die kurzfristige Beteiligung von Investoren zusätzlich erleichtern. Aufgrund der gerade im Anfangsstadium von Startups noch geringen Unternehmensbewertung könnte ein Ausschluss des Bezugsrechts bis zu einer Obergrenze von 50 % des Nennkapitals für zulässig erklärt werden.

Die Regelung des Prozederes der Durchführung der Kapitalerhöhung aus genehmigtem Kapital für die Austrian Limited könnte sich im Übrigen an den §§ 169 ff AktG orientieren.

#### d) Bedingtes Kapital

Nach dem Vorbild der §§ 159 ff AktG soll bei der Austrian Limited auch die Möglichkeit bestehen, ein „bedingtes Kapital“ zu schaffen. Wie bei der Aktiengesellschaft soll das bedingte Kapital auch bei der Austrian Limited die Kapitalbeschaffung bei Geltendmachung von rechtsgeschäftlichen Bezugsrechten erleichtern. Im Gegensatz zu den anderen Formen der Kapitalerhöhung soll das Schaffen von bedingtem Kapital nur für gesetzlich festgelegte Zwecke offenstehen. Das AktG kennt gemäß § 159 Abs 2 als zulässige Einsatzgebiete für das bedingte Kapital nur die Bedienung von Wandelschuldverschreibungen, die

---

<sup>307</sup> Eggert, Weisungsrecht und Vorabbericht beim genehmigten Kapital der GmbH, GmbHR 2014, 856 (862 f).

<sup>308</sup> Winner in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG2 § 153 Rz 127 ff.

<sup>309</sup> Napokoj, Barkapitalerhöhung aus genehmigtem Kapital unter Ausschluss des Bezugsrechts, GES 2011, 268 (273); Blumauer/Jernej in Gratzl/Hausmaninger/Justich, Handbuch zur Aktiengesellschaft<sup>2</sup> Ordentliche Kapitalerhöhung, Rz 135; Winner in Geßler/Hefermehl/Eckhart/Kropff, MünchKomm AktG<sup>4</sup> § 186 Rz 206 ff.

Vorbereitung von Unternehmenszusammenschlüssen<sup>310</sup> und die Einräumung von Aktienoptionen an Arbeitnehmer der Gesellschaft.

Die bedingte Kapitalerhöhung bringt gegenüber den anderen Kapitalerhöhungsformen vor allem rechtstechnische Erleichterungen, höhere Flexibilität und größere Sicherheit für die Bezugsberechtigten, was insbesondere auch der Austrian Limited zu Gute kommen könnte.

Im Vergleich zur ordentlichen Kapitalerhöhung bringt das bedingte Kapital vor allem den Vorteil des mangelnden Bezugsrechts der Altgesellschafter.<sup>311</sup> Zudem wird die Kapitalerhöhung bereits durch Ausgabe der Anteile und nicht erst durch Eintragung in das Firmenbuch wirksam.<sup>312</sup>

Jedenfalls für die Ausgabe von Finanzinstrumenten mit Wandlungs- oder Bezugsrecht (etwa Wandeldarlehen, Optionsscheine [Warrants] etc) und die Unterlegung von Incentivierungsprogrammen für Mitarbeiter wäre das bedingte Kapital für die Austrian Limited notwendig. Die zulässigen Anwendungsfälle sollten im Vergleich zur Aktiengesellschaft allerdings ausgeweitet werden: So sollte etwa der Kreis der Begünstigten eines Incentivierungsprogrammes neben Mitarbeitern und den Mitgliedern der Geschäftsführung auch Dienstleister und Beiratsmitglieder der Gesellschaft umfassen können und nicht nur die Bedienung von Umtausch- oder Bezugsrechten aus Wandelschuldverschreibungen, sondern auch anderer hybrider Finanzierungsformen (vgl dazu Punkt 5.10) zugelassen werden. In Übereinstimmung mit § 159 Abs 2 Z 3 2. Satz AktG sollte die Geschäftsführung einen schriftlichen Bericht an die Gesellschafter erstatten, der die wesentlichen Eckpunkte des Incentivierungsprogrammes enthält, sodass die Gesellschafter sich vor der Beschlussfassung ein Bild vom Zweck des bedingten Kapitals machen können. Ein solcher Bericht ist für die übrigen Anwendungsfälle des bedingten Kapitals nicht erforderlich, weil die Ausgabe dieser Anteile ohnehin in die Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung fällt (vgl dazu Punkt 5.10). Die zeitlichen und betraglichen Höchstgrenzen können ebenfalls in Anlehnung an das Aktienrecht geregelt werden: So sollte die Ermächtigung für maximal fünf Jahre erteilt werden können und das bedingte Kapital sollte die Hälfte des Nennbetrags zum Zeitpunkt der Beschlussfassung nicht übersteigen. Anders als im Aktienrecht (vgl § 159 Abs 4 AktG) sollte das gesamte bedingte Kapital zur Bedienung von Incentivierungsprogrammen zur Verfügung stehen, weil Startups in besonderem Maße auf die Möglichkeit der Beteiligung von Mitarbeitern angewiesen sind (vgl dazu bereits

---

<sup>310</sup> Die in der Praxis keine besondere Bedeutung erlangt hat. Vgl *Winner in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 159 Rz 1.

<sup>311</sup> *Winner in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 159 Rz 23.

<sup>312</sup> *Winner in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 159 Rz 1; *Nagele/Lux in Artmann/Karollus*, AktG<sup>6</sup> § 159 Rz 8.

Punkt 2.4). Der Erhöhungsbeschluss durch die Geschäftsführung sollte fakultativ an die Zustimmung eines Beirats gebunden werden können. Sofern ein Aufsichtsrat zwingend einzurichten ist, sollte der Erhöhungsbeschluss auch der Zustimmung des Aufsichtsrats bedürfen.

Ein praktischer Anwendungsfall für das bedingte Kapital bei Startups könnte weiters der bereits unter Punkt 5.6.2.b. genannte Verwässerungsschutz für Investoren sein. Die für Investoren in diesem Zusammenhang häufig eingeräumten Vorzugs-Bezugsrechte könnten auch durch bedingtes Kapital bedient werden. Dadurch könnte das erforderliche Ausmaß von Anteilen unmittelbar vor einer späteren Finanzierungsrunde durch bedingtes Kapital geschaffen werden.

e) Genehmigtes bedingtes Kapital

Ebenfalls bereits aus dem Aktienrecht bekannt ist das Konzept des genehmigten bedingten Kapitals gemäß § 159 Abs 3 AktG. Demnach kann die Hauptversammlung den Vorstand auch dazu ermächtigen, ein bedingtes Kapital zu schaffen. Das genehmigte bedingte Kapital kann nach der Konzeption des Aktienrechts für die Einräumung von Aktioptionen an Arbeitnehmer, leitende Angestellte und Mitglieder des Vorstands verwendet werden. Auch für das genehmigte bedingte Kapital der Austrian Limited sollte der Anwendungsbereich mit jenem des bedingten Kapitals gleichgeschaltet werden und somit auch im Vergleich zum aktienrechtlichen Vorbild auf weitere Begünstigte aus Incentivierungsprogrammen und andere Finanzierungsformen mit Wandlungs- oder Bezugsrechten ausgeweitet werden. Im Übrigen könnte auch für diese Form der Kapitalerhöhung weitestgehend am österreichischen Aktienrecht Anlehnung genommen werden.

f) Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln

Neben den bisher genannten Formen der effektiven Kapitalerhöhung sollte auch die Kapitalberichtigung bzw nominelle Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln für die Austrian Limited offenstehen.

Der Anwendungsbereich des Kapitalberichtigungsgesetzes, das schon jetzt gleichermaßen für die GmbH und die AG gilt,<sup>313</sup> könnte dazu sinngemäß für die Austrian Limited eröffnet werden. Das würde insbesondere sprachliche Anpassungen im Kapitalberichtigungsgesetz erfordern.

---

<sup>313</sup> *Diregger in U. Torggler, GmbHG § 52 Rz 2.*

Eine einfache und unbürokratische Möglichkeit, das Nennkapital der Austrian Limited zu erhöhen, wäre ein wesentlicher Schritt zur Steigerung der internationalen Wettbewerbsfähigkeit der neuen Rechtsform. Die Aufnahme von Risikokapital könnte durch die Einführung weiterer Formen der Kapitalerhöhung – wie etwa eines genehmigten oder bedingten Kapitals nach aktienrechtlichem Vorbild – zusätzlich erleichtert werden.

- g) Ausgabe von Genussrechten, Gewinn- und Wandelschuldverschreibungen und -darlehen

Für die Ausgabe von Genussrechten, Gewinn- und Wandelschuldverschreibungen und -darlehen sollte nach dem Vorbild des § 174 AktG die interne Zustimmung durch Gesellschafterbeschluss erforderlich sein.

### **5.6.3 Herabsetzung des Nennkapitals (ordentliche Kapitalherabsetzung, vereinfachte Kapitalherabsetzung, Einziehung von Gesellschaftsanteilen)**

Die ordentliche Kapitalherabsetzung und die vereinfachte Kapitalherabsetzung sind sowohl im GmbHG (§§ 54 ff) als auch im AktG (§§ 175 ff) geregelt. Die gesetzlichen Regelungen enthalten auch jeweils den erforderlichen Gläubigerschutz. Die vereinfachte Kapitalherabsetzung zum Ausgleich von Verlusten ermöglicht es, die Nennbeträge der Anteile der Gesellschafter zu reduzieren oder sogar bis auf Null zu setzen („Kapitalschnitt“), um mit einer anschließenden Kapitalerhöhung neue Anteile ausgeben und Kapital einsammeln zu können. Die vereinfachte Kapitalherabsetzung ist daher auch ein wichtiges Sanierungsinstrument. Sie setzt eine 3/4-Stimmenmehrheit bzw Kapitalmehrheit voraus.<sup>314</sup>

Auch für die neue Rechtsform der Austrian Limited sollten beide Möglichkeiten der Kapitalherabsetzung nach den bewährten Vorbildern des GmbHG und AktG übernommen werden.

Zur Einziehung und Zwangseinziehung von Anteilen siehe unten Punkt 5.9.

## **5.7 Siebenter Abschnitt: Einlagen und Nachschüsse**

### **5.7.1 Allgemeines**

Die Regelungen über die Einlagen der Gesellschafter – also über ihre Einlageverpflichtungen, Agio (Aufgeld; siehe dazu schon oben zu Punkt 5.1.4), die Einforderung ausstehender

---

<sup>314</sup> Siehe dazu näher *J. Reich-Rohrwig*, Sanierung durch vereinfachte Kapitalherabsetzung und -erhöhung, GesRZ 2001, 69.

Einzahlungen, die Haftung von „Vormännern“ für ausständige Einlagen ihres Rechtsnachfolgers als Erwerber ihres Anteils und der Ausschluss von Gesellschaftern wegen Zahlungsverzugs – könnten den Regelungen der §§ 63 bis 69 sowie § 71 GmbHG nachgebildet werden. Die subsidiäre Ausfallhaftung der Mitgesellschafter für ausständige Einlagen, die andere Gesellschafter nicht leisten (einschließlich der Überbewertung von Sacheinlagen), sollte unseres Erachtens nicht übernommen werden. Im Falle des Verschuldens könnte sich aber noch eine Verantwortlichkeit der Gründer und ihrer Hintermänner (§§ 39 und 40 AktG) ergeben; insoweit empfehlen wir die Übernahme dieses aktienrechtlichen Haftungskonzepts.<sup>315</sup>

### 5.7.2 Nachschüsse

Während das Aktienrecht die Vereinbarung einer korporativen Satzungsverpflichtung der Aktionäre zur Leistung von Nachschüssen nicht zulässt, wie sich aus den Regelungen über die Haupt- und Nebenverpflichtungen der Aktionäre ergibt<sup>316</sup> – außerhalb der Satzung vereinbarte schuldrechtliche Nachschussvereinbarungen sind hingegen auch bei Aktiengesellschaften zulässig<sup>317</sup> – sieht das GmbHG die Möglichkeit der Vereinbarung von Nachschüssen im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich vor und regelt deren Voraussetzungen für die Einforderung und deren Rückzahlung, sowie den Ausschluss von Gesellschaftern bei qualifiziertem Zahlungsverzug.

Im Hinblick auf das GesBR-RG und den dort enthaltenen § 1175 Abs 4 ABGB sollte für die Austrian Limited eine ausdrückliche Regelung über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit gesellschaftsvertraglicher Nachschussvereinbarungen getroffen werden. Es sollte klargestellt werden, dass die Regelung, wie sie für die GesBR gilt<sup>318</sup> – wonach auch ohne gesellschaftsvertragliche Regelung Nachschüsse mit einfacher Gesellschaftermehrheit beschlossen und auf diese Weise jene Gesellschafter, die den auf sie entfallenden Nachschuss nicht leisten wollen, zum Ausscheiden aus der Gesellschaft gezwungen werden können („Sanieren oder Ausscheiden“) – für die Austrian Limited nicht gilt. Diese Regelung aus dem Recht der GesBR sollte schon bei der Rechtsform der GmbH nicht gelten, die ja eine eigene Regelung über Nachschüsse aufweist.<sup>319</sup> Und erst Recht sollte diese

---

<sup>315</sup> Siehe schon oben zu den Punkten 4.1.1.f) und 4.1.3.

<sup>316</sup> §§ 49 und 50 AktG; dazu *U. Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 49 Rz 4 und § 50 Rz 15; *Schopper in Artmann/Karollus*, AktG<sup>6</sup> § 49 Rz 37 und § 50 Rz 13; *Götze in MünchKomm<sup>5</sup> § 54 Rz 8, 22 und 24.*

<sup>317</sup> *U. Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 49 Rz 22; *Schopper in Artmann/Karollus*, AktG<sup>6</sup> § 49 Rz 38 ff; *Wendt in MünchKomm<sup>5</sup> § 54 Rz 111.*

<sup>318</sup> § 1184 ABGB.

<sup>319</sup> Für die Anwendbarkeit des § 1184 Abs 2 ABGB auf die GmbH: *Walch*, Die subsidiäre Anwendbarkeit der GesBR-Bestimmungen im GmbH-Recht nach der GesBR-Reform, RdW 2015, 78 (81 ff); *Koppensteiner*, Die GesBR neuer Prägung und der allgemeine Teil des Gesellschaftsrechts, 301 (310); zutreffend ablehnend

versteckte Nachschusspflicht für die Rechtsform der Austrian Limited nicht gelten: Denn der Parteiwille der Startup-Gründer und der Risikokapitalgeber richtet sich regelmäßig darauf – ebenso wie im Aktienrecht –, nur eine begrenzte Geldeinzahlungsverpflichtung zu übernehmen.<sup>320</sup> Andernfalls müsste jeder Gesellschafter bei der – zumindest im Anfangsstadium – regelmäßig schwach kapitalisierten Austrian Limited jederzeit (!) damit rechnen, dass ihm statt durch eine Finanzierungsrunde, bei der neue Investoren neue Anteile zeichnen und durch Kapitalerhöhung die prozentuelle Beteiligung der Altgesellschafter zwar reduziert wird, Altgesellschafter aber an der Gesellschaft beteiligt bleiben, um an den Früchten ihrer Aufbauarbeit beim künftigen Exit teilhaben zu können. Die gleiche Interessenlage besteht bei Kapitalinvestoren, die sich nur an einzelnen Kapitalrunden beteiligen (wollen), dann aber mit ihrem geleisteten finanziellen Einsatz – ohne Nachschusspflicht und ohne Möglichkeit zum Ausschluss mit einfacher (!) Mehrheit<sup>321</sup> – weiterhin am Erfolg des Unternehmens mitpartizipieren wollen. Der Zwang, der der ABGB-Regelung zur Leistung nicht vereinbarter Nachschüsse innewohnt, obwohl von Anfang an klar ist, dass der einzelne Gründer oder Kapitalgeber nur mit einem beschränkten Kapitaleinsatz – im Rahmen seiner eigenen finanziellen Entscheidung – an dem Projekt des Startups teilnehmen will und teilnimmt, ist klar interessenwidrig.

Die aus § 1184 Abs 2 ABGB resultierende Folge, dass mangels Leistung von Nachschüssen ausgeschlossene Gesellschafter abzufinden sind, verstößt auch gegen den Grundsatz der Kapitalerhaltung bei der Austrian Limited: Wie soll die Gesellschaft die Abfindung zahlen, wo sie sich doch – gerade weil sie Nachschüsse einfordert – in schlechten finanziellen Verhältnissen befindet? Die Voraussetzungen für eine effektive Herabsetzung oder für die Einziehung von Anteilen zulasten ausschüttbarer Rücklagen liegen in diesen Situationen typischer Weise nicht vor.

Und zu guter Letzt: Die gesetzliche Regelung erkennt nicht die Schwierigkeiten, die mit der Bewertung von Startups, die im Wesentlichen auf höchst unsicheren Einschätzungen

---

*Brugger/Schopper*, Keine Anwendung von § 1184 Abs 2 ABGB auf die GmbH und AG, NZ 2015, 405 (408 ff); *Harrer*, Die Reform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, wbl 2015, 121 (125); *Harrer* in *Gruber/Harrer*, GmbHG<sup>2</sup> § 72 Rz 11a. Die Übertragung der Nachschusspflicht des § 1184 Abs 2 ABGB auf die AG ablehnend: *Brugger/Schopper*, NZ 2015, 405 ff; *Koppensteiner*, wbl 2015, 310; *J. Reich-Rohrwig*, Analyse der Satzungen von Aktiengesellschaften in Österreich, in FS Aicher (2012) 605 (609).

<sup>320</sup> So wird der Zweck des § 49 AktG über die Begrenzung der Einlagepflicht jedes Aktionärs als „interne Risikobegrenzung“ betrachtet: *Schopper* in *Artmann/Karollus*, AktG<sup>6</sup> § 49 Rz 28; *U. Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 49 Rz 20.

<sup>321</sup> Die vereinfachte Kapitalherabsetzung setzt immerhin eine 3/4-Mehrheit als Minimum voraus (§ 59 GmbHG; § 182 AktG), die gesellschaftsvertraglich nur aufgehoben werden kann.

über zukünftige Entwicklungen des Unternehmens (Prognosen) basieren, die sich täglich ändern können, verbunden sind.

Die ABGB-Regelung ist demnach weder interessengerecht, noch mit den Kapitalerhaltungsgrundsätzen vereinbar noch praktikabel und somit insgesamt fragwürdig.<sup>322</sup> Insgesamt scheint uns allerdings die Möglichkeit einer gesellschaftsvertraglichen Nachschusspflicht für sinnvoll – wenngleich nicht für unbedingt erforderlich, weil die Nachschusspflicht auch bei der GmbH in der Praxis keine Bedeutung erlangt hat.

Falls die GmbH-rechtliche Nachschusspflicht für die Austrian Limited übernommen wird, sollte aber – anders als dies § 72 Abs 3 GmbHG regelt – im Rahmen der Privatautonomie auch die Vereinbarung unterschiedlicher Nachschusspflichten für einzelne Gesellschafter ermöglicht werden. Wenn eine Nachschusspflicht später durch Änderung des Gesellschaftsvertrags eingeführt wird, bleibt diese ohne individuelle Zustimmung des einzelnen Gesellschafters unwirksam; vgl § 50 Abs 4 GmbHG<sup>323</sup>.

Außergesellschaftsvertraglich vereinbarte Nachschusspflichten sind unzweifelhaft zulässig, wie dies auch die Judikatur bestätigt.<sup>324</sup> Eine derartige außergesellschaftsvertragliche Nachschussverpflichtung geht allerdings nur dann auf den Erwerber des Anteils über, wenn dieser entweder eine Schuldübernahme oder Erfüllungsübernahme erklärt oder er dem Vertrag, in dem diese Nachschusspflicht enthalten ist, beitrifft; dies ist fallweise in „Gesellschaftervereinbarungen“ oder „Syndikatsvereinbarungen“ der Fall.

## 5.8 Achter Abschnitt: Gesellschaftsanteile und ihre Übertragung

### 5.8.1 Der Gesellschaftsanteil und das damit verbundene Stimmrecht

Das österreichische GmbH-Recht geht von der Einheitlichkeit der Stammeinlage aus und unterscheidet sich somit wesentlich von der Aktiengesellschaft. So ordnet § 75 Abs 2 GmbHG ausdrücklich an, dass jedem Gesellschafter nur ein Geschäftsanteil zusteht.<sup>325</sup> Bereits die Gesetzesmaterialien<sup>326</sup> zur Einführung der GmbH weisen darauf hin, dass die Ein-

---

<sup>322</sup> So auch *Harrer*, wbl 2015, 125.

<sup>323</sup> Zutreffend auch *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 72 Rz 9; *Harrer* in *Gruber/Harrer*, GmbHG<sup>2</sup> § 72 Rz 11; aA OGH 7 Ob 559/57 RZ 1958, 46.

<sup>324</sup> OGH 6 Ob 35/14m ecolex 2014, 1068 (*J. Reich-Rohrwig*).

<sup>325</sup> Vgl *Zollner* in *U. Torggler*, GmbHG § 75 Rz 6.

<sup>326</sup> ErläutRV 236 BlgHH 17. Sess 83 f.

heit der Stammeinlage und des Geschäftsanteils ein charakteristisches Unterscheidungsmerkmal der GmbH von der Aktiengesellschaft ist und diese mehr dem individualistischen Wesen der offenen Handelsgesellschaft und der Kommanditgesellschaft annähert.

Dass dieser Gedanke der Einheitlichkeit des Geschäftsanteils selbst für personalistisch ausgestaltete Rechtsformen nicht zwingend ist, zeigt bereits ein Blick in das deutsche GmbH-Gesetz. Dieses ordnet bei ansonsten vergleichbarer Rechtslage zur GmbH in § 15 Abs 2 dGmbHG explizit an, dass wenn ein Gesellschafter zu seinem ursprünglichen Geschäftsanteil weitere Geschäftsanteile erwirbt, dieselben ihre Selbständigkeit behalten. Seit der Reform durch das MoMiG kann ein Gesellschafter einer deutschen GmbH auch bereits im Rahmen der Gründung mehrere Geschäftsanteile übernehmen.<sup>327</sup>

Aufgrund der Tatsache, dass jeder Gesellschafter der GmbH nur einen Geschäftsanteil hält, kann das mit dem Geschäftsanteil verbundene Stimmrecht nach der Rechtsprechung nur einheitlich ausgeübt werden. Das gilt selbst dann, wenn ein Geschäftsanteil mehrere Stimmen im Sinne des § 39 Abs 2 GmbHG vermittelt.<sup>328</sup> In der Praxis sind Treuhandkonstruktionen häufig, bei denen ein Treuhänder als unmittelbarer Gesellschafter der GmbH mehrere Investoren als Treugeber hinter sich bündelt. Der Treuhänder ersetzt die Treugeber somit in allen typischen Abstimmungsabläufen im Unternehmen und bei Gesellschafterbeschlüssen. Durch derartige Treuhandschaften wird der administrative Aufwand auf Seiten der Gesellschaft minimiert, weil diese nur dem Treuhänder als Ansprechpartner und unmittelbarem Gesellschafter gegenübersteht und nicht die Kommunikation mit einer Vielzahl von Investoren bewältigen muss, die jeweils nur sehr kleine Beteiligungen halten. Im späteren Verlauf, wenn die Gesellschaft bereits eine sehr hohe Unternehmensbewertung aufweist, können durch diese Gestaltungsform auch kleinere Investments vereinfacht werden. Gerade im Zusammenhang mit derartigen Treuhandschaften ist der Grundsatz der einheitlichen Stimmabgabe bei der GmbH problematisch. Da nach außen nur eine einheitliche Stimmabgabe möglich ist,<sup>329</sup> muss der Treuhandvertrag entsprechende Mechanismen vorsehen, mit denen der Treugeber bei Beschlussfassungen im Innenverhältnis um entsprechende Weisung zum Abstimmungsverhalten gebeten wird. Im Rahmen der Beschlussfassung auf Gesellschaftsebene kann der Treuhänder dann nur einheitlich abstimmen und das interne Abstimmungsergebnis unter den Treugebern nicht entsprechend in die Gesellschaft transportieren. Auch aus diesem Grund sollte das Konzept, dass jeder Gesellschafter einheitlich abstimmen muss, für die Austrian Limited nicht gelten.

---

<sup>327</sup> Zur bewusst strengeren Ausgestaltung im österr Recht vgl ErläutRV 236 BlgHH 17. Sess 84.

<sup>328</sup> RIS-Justiz RS0127332; *Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 39 Rz 14.

<sup>329</sup> Vgl RIS-Justiz RS0127332; *Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 39 Rz 14.

Ferner muss es jedem Gesellschafter möglich sein, Anteile unterschiedlicher Gattungen zu halten und mit unterschiedlichen Gattungen oder auch innerhalb derselben Gattung unterschiedlich abzustimmen (Split Voting). Je € 0,01 des übernommenen Nennbetrags sollte dabei grundsätzlich eine Stimme gewähren, wobei auch eine abweichende gesellschaftsvertragliche Regelung zulässig sein sollte.

Die Anteile an der Austrian Limited sollten nach der gesetzlichen Normalregelung generell – und nicht nur für den Fall des Todes – teilbar sein; gesellschaftsvertraglich kann etwas anderes festgesetzt werden.

Es sollte klargestellt werden, dass – mit der Judikatur und der hA<sup>330</sup> und entgegen der Ansicht von Schauer<sup>331</sup> – mangels anderer Regelung im Gesellschaftsvertrag und mangels anderer letztwilliger Anordnung des verstorbenen Gesellschafters<sup>332</sup> der Anteil des Verstorbenen geteilt und an die Erben nach dem Verhältnis ihrer Erbquoten oder der Erbteilung übertragen wird. In diesem Zusammenhang, aber auch generell, empfiehlt sich die Einführung einer Regelung, die ausspricht, dass im Falle der Teilung von Anteilen – etwa auch bei Ausübung von Aufgriffsrechten, wenn ein Anteil geteilt werden muss – eine kaufmännische Rundung des Nennbetrags vorzunehmen ist, falls die Teilung Bruchteile von Cent-Beträgen ergeben würde.

## **5.8.2 Gesellschaftsanteile besonderer Gattung (Vorzugsanteile, Anteile ohne Stimmrecht)**

Aufgrund der Tatsache, dass bei jeder Finanzierungsrunde mitunter neue Gesellschafter zu einem Startup hinzustoßen und zumeist neue Rechte für die Investoren verhandelt bzw. eingeräumt werden (insbesondere wirtschaftliche Vorteilsrechte wie Liquidationspräferenzen oder Verwässerungsschutz bei Down Rounds), werden damit auf schuldrechtlicher Basis jeweils eigene Anteilklassen geschaffen. Je nach Lebenszyklus des Startups und entsprechend der damit jeweils verbundenen aktuellen Unternehmensbewertung wird auf schuldrechtlicher Ebene mit jeder Finanzierungsrunde in der Praxis eine eigene Anteilsklasse geschaffen.<sup>333</sup> Die Anteilsklasse kann einen wesentlichen Einfluss darauf haben, wie sich Anteile bei verschiedenen Ereignissen im Lebenszyklus eines Unter-

---

<sup>330</sup> OGH 8 Ob 617/88 RdW 1989, 129 (zur eingetragenen Personengesellschaft); *Kalss/Probst*, Familienunternehmen Rz 20/45; *Umfahrer*, GmbH<sup>6</sup> (2008) Rz 723.

<sup>331</sup> Der Erwerb des GmbH-Geschäftsanteils durch die Erbengemeinschaft, *ecolex* 2020, 207 ff.

<sup>332</sup> Diese könnte die Nichtteilung des Anteils und die Mitberechtigung der Erben oder Legatäre am ungeteilten Anteil im Sinne des § 80 GmbHG und des § 63 AktG enthalten.

<sup>333</sup> Üblicherweise in der Reihenfolge *Seed*, *Series A*, *Series B*, etc.

nehmens entwickeln. Es sollte daher bei der Austrian Limited möglich sein, möglichst flexibel unterschiedliche Anteilklassen zu schaffen, die mit unterschiedlichen Rechten und Pflichten verbunden sind.

Im Aktienrecht wird durch § 11 AktG ausdrücklich die Möglichkeit verschiedener Aktiengattungen vorgesehen.<sup>334</sup> Das Schaffen verschiedener Aktiengattungen ermöglicht es, die Interessenlage unterschiedlicher Investoren zu berücksichtigen. Auch in der Austrian Limited sollte es möglich sein, Anteile mit unterschiedlichen Rechten auszustatten und somit auf korporativer Ebene das zu erreichen, was in der Praxis derzeit bei der GmbH nur auf schuldrechtlicher Ebene möglich ist.

Neben den ordentlichen Anteilen an der Austrian Limited sollten auch Anteile besonderer Gattung, etwa Vorzugsanteile und Anteile ohne Stimmrecht zulässig sein, deren genaue Ausgestaltung den Gesellschaftern überlassen sein sollte. Ähnlich wie im Aktienrecht<sup>335</sup>, muss dazu eine gesetzliche Grundlage geschaffen werden, weil das Schaffen unterschiedlicher Anteilklassen den Grundsatz der Gleichbehandlung der Gesellschafter in der Austrian Limited modifiziert.<sup>336</sup>

Im österreichischen Aktienrecht sind in § 12a AktG Vorzugsaktien ohne Stimmrecht ausdrücklich gesetzlich geregelt. Bei dieser Aktiengattung ist der Gewinnvorzug Rechtfertigung und Ausgleich für den Ausschluss vom Stimmrecht.<sup>337</sup> Wenn der nachzahlbare Gewinnvorzug auch im Folgejahr nicht bedient wird, entfällt die Rechtfertigung und das Stimmrecht lebt wieder auf.<sup>338</sup> Zudem gibt es im Aktienrecht eine zulässige Höchstgrenze von maximal einem Drittel des Grundkapitals.<sup>339</sup>

Die Anteilsgattungen der Austrian Limited sollen demgegenüber eine größere Flexibilität aufweisen, um den Ansprüchen internationaler Investoren gerecht zu werden. So sollten jedenfalls unter anderem stimmrechtslose Anteile ohne Gewinnvorzug (insb für Mitarbeiter) und Anteile mit Gewinnvorzug und Stimmrecht (insb für Investoren) möglich sein.

Neben den ordentlichen Anteilen, die nach dem Vorbild des Aktienrechts grundsätzlich die im Recht der Austrian Limited vorgesehenen Mitgliedschaftsrechte und -pflichten ver-

---

<sup>334</sup> Vgl. Schopper in Artmann/Karollus, AktG<sup>6</sup> § 11 Rz 1; M. Doralt in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> § 12a Rz 16.

<sup>335</sup> Siehe § 11 AktG. Schmidt-Pachinger in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> § 11 Rz 8.

<sup>336</sup> Schmidt-Pachinger in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> § 11 Rz 8.

<sup>337</sup> Schopper in Artmann/Karollus, AktG<sup>6</sup> § 12a Rz 6.

<sup>338</sup> Schopper in Artmann/Karollus, AktG<sup>6</sup> § 12a Rz 28.

<sup>339</sup> Vgl. § 12a Abs 2 AktG.

mitteln, sollten daneben alle Anteile, die die gleichen Mitgliedschaftsrechte und -pflichten vermitteln, eine eigene Anteilsgattung bilden können. Der Rechtsrahmen der Austrian Limited sollte – wenn überhaupt – einzelne mögliche Rechte und Pflichten dieser Anteilsgattungen nur beispielhaft aufzählen, die Gesellschafter sollten die Rechte und Pflichten jedenfalls frei gestalten können.

Ein Vorbild für eine solche gesetzliche Rahmenbestimmung kann etwa dem niederländischen Recht entnommen werden: In Artikel 2, 192 des Dutch Civil Code<sup>340</sup> wird ausdrücklich festgehalten, dass für alle Anteile (einer bestimmten Anteilsklasse) bestimmte Verpflichtungen gegenüber der Gesellschaft, den Gesellschaftern oder Dritten, die direkt mit der Gesellschafterstellung verbunden sind, auferlegt werden können, bestimmte Anforderungen an die Gesellschafterstellung festgelegt oder die Verpflichtung zum Verkauf der Anteile für bestimmte Fälle jeweils im Gesellschaftsvertrag verankert werden können. Mit einer Regelung nach diesem Vorbild wäre auch für die Austrian Limited Klarheit geschaffen, dass Regelungen wie Erlösvorzug, Verwässerungsschutz und Mitverkaufspflichten, die aktuell nur auf schuldrechtlicher Ebene vorgesehen werden können, auch direkt im Gesellschaftsvertrag begründet werden können. Darüber hinaus sollte es aber jedenfalls auch weiterhin möglich sein, solche Regelungen in einer schuldrechtlichen Nebenvereinbarung vorzusehen.

Anteilsgattungen ohne Stimmrechte wären für Startups insbesondere auch im Zusammenhang mit Mitarbeiterbeteiligungsprogrammen attraktiv, weil den Mitarbeitern zwar häufig ein finanzieller Anreiz geboten werden soll, diese aber kein Stimmrecht erhalten sollen. In der Praxis werden daher häufig auf schuldrechtlicher Ebene so genannte Phantom Shares oder Virtual Shares geschaffen. Das Ausweichen auf schuldrechtliche Nebenvereinbarungen wäre durch stimmrechtslose Anteilsgattung für Mitarbeiter bei der Austrian Limited nicht mehr zwingend erforderlich. Um die Attraktivität der Mitarbeiterbeteiligungsprogramme weiter zu steigern und zu vermeiden, dass durch diese gesellschaftsrechtliche Konstruktion ungebührliche steuerliche Nachteile drohen, wären jedenfalls auch begleitende steuer- und sozialversicherungsrechtliche Anpassungen erforderlich (siehe dazu noch näher in Kapitel 14).

Anteilsgattungen mit Erlösvorzug wären für gewisse Investoren, die bei Gewinnausschüttungen, Liquidations- und Exit-Erlösen vorrangig befriedigt werden sollen, ein reizvolles Instrument, deren Rechte direkt im Gesellschaftsvertrag verankern zu können.

---

<sup>340</sup> In englischer Sprache abrufbar unter: <http://www.dutchcivillaw.com/civilcodebook022.htm>.

Um die in den einzelnen Finanzierungsrunden ausverhandelten Rechte für die jeweiligen Investoren entsprechend abzubilden, sollten für die einzelnen Anteilsgattungen auch gesonderte Versammlungen bzw. Beschlussmehrheiten zulässig sein (in der Praxis häufig als Investorenmehrheit implementiert). Zwingend erforderlich wäre jedenfalls auch, dass ein Gesellschafter zugleich Anteile verschiedener Gattungen halten kann (zB wenn ein Investor in mehreren Finanzierungsrunden investiert).

Für die Austrian Limited sollte daher insgesamt gesetzlich verankert werden, dass Anteile mit unterschiedlichen Rechten und Pflichten – etwa mit Gewinnvorzug oder ohne Stimmrecht – ausgestattet werden können. Es sollte auch möglich sein, dass ein Gesellschafter mehrere Anteile – auch unterschiedlicher Gattungen – halten kann.

### **5.8.3 Übertragung der Anteile der Austrian Limited**

#### a) Grundsatz der freien Übertragbarkeit der Anteile

Das Grundkonzept der GmbH sieht einen geschlossenen Gesellschafterkreis vor. Die Übertragung eines Geschäftsanteils an verschiedene Personen wird einerseits durch die Einheitlichkeit des Geschäftsanteils erschwert, der zur Übertragung zunächst geteilt werden muss (was nur bei entsprechender gesellschaftsvertraglicher Regelung möglich ist). Andererseits wird die Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen durch die Formpflicht der Anteilsübertragung unter Lebenden (§ 76 Abs 2 GmbHG) zusätzlich erschwert.<sup>341</sup>

Für Startups, die im Rahmen der Deckung ihres Finanzierungsbedarfes auf eine flexible und rasche Verfügung über die Gesellschaftsanteile angewiesen sind, sind diese Regelungen eine große Herausforderung. Gerade im Hinblick auf die Finanzierungsbedürfnisse sind die Bedürfnisse von Startups in dieser Hinsicht näher an den Bedürfnissen der Aktiengesellschaft, die in ihrer Grundkonzeption als Kapitalsammelstelle eingeführt wurde und bei der die Übertragung der Aktien einfach möglich ist. Um in der neuen Rechtsform der Austrian Limited eine kostengünstigere und flexiblere Übertragung der Anteile zu ermöglichen, sollte sich das Konzept der Übertragung der Anteile der Austrian Limited daher stärker am Recht der Aktiengesellschaft als an jenem der GmbH orientieren.

Die Übertragung der Anteile der Austrian Limited sollte – in Anlehnung an das Aktienrecht – unabhängig von einer Eintragung im Anteilsbuch stattfinden können. Im Falle der Übertragung von Anteilen auf einen anderen Gesellschafter hat die Gesellschaft nach Mitteilung und Nachweis der Anteilsübertragung das Anteilsbuch zu aktualisieren.

---

<sup>341</sup> Zollner in U. Torggler, GmbHG § 76 Rz 14 ff.

Während die Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen der Notariatsaktspflicht unterliegt,<sup>342</sup> ist etwa die Übertragung von Kommanditanteilen ohne jegliche Formpflicht möglich, diese können also sogar mündlich übertragen werden. Für die Übertragung der Anteile an der Austrian Limited sollte ein Mittelweg gefunden werden. Um den bürokratischen Aufwand und die Kosten der Anteilsübertragung gering zu halten, sollte die Übertragung der Anteile an der Austrian Limited ohne Mitwirkung eines Notars möglich sein. Im Sinne der Transparenz und der Rechtssicherheit sollte allerdings ein schriftlicher Abtretungsvertrag erforderlich sein. Auch in diesem Zusammenhang sollte Schriftlichkeit so verstanden werden, dass auch die Verwendung von elektronischen Signaturprogrammen (zB DocuSign, HelloSign), die nicht den strengen Anforderungen einer qualifizierten elektronischen Signatur entsprechen, ausreichend ist.

Diese Schriftform für die Übertragung von Geschäftsanteilen sollte auch für das Eingehen der Verpflichtung zur künftigen Abtretung eines Gesellschaftsanteils gelten.

Im Sinne des das Regelungskonzept der Austrian Limited wie ein roter Faden durchziehenden Gedankens größtmöglicher Formfreiheit und der Reduktion von Kosten scheint die Übertragung von Anteilen an der Austrian Limited in Form eines schriftlichen Vertrages – ohne die Einhaltung einer notariellen Beurkundung oder Errichtung eines Notariatsakts – völlig ausreichend.

#### b) Eintragung im Anteilsbuch

Entsprechend dem Vorbild des Aktienbuchs der Aktiengesellschaft<sup>343</sup> sollte bei der Austrian Limited ein Anteilsbuch geführt werden (vgl dazu die Ausführungen in Punkt 5.1.1.d). Wie auch im Aktienrecht<sup>344</sup> soll gegenüber der Gesellschaft nur der im Anteilsbuch eingetragene Gesellschafter als Gesellschafter gelten. Eine Eintragung der Gesellschafter im Firmenbuch sollte wie bei der AG nicht erforderlich sein.

Bei Übertragung eines Anteils sind die Geschäftsführer zu verständigen. Diese haben dann die Eintragung neuer Gesellschafter und die Löschung ausgeschiedener Gesellschafter im Anteilsbuch vorzunehmen. Zusätzlich sind alle Gesellschafter von jedem Gesellschafterwechsel zu verständigen (vgl dazu Kapitel 5.2.1). Eine Aktualisierung des Anteilsbuchs ist ebenso bei Kapitalmaßnahmen vorzunehmen.

Der gutgläubige Anteilswerb sollte ermöglicht werden, wenn der Erwerber mindestens fünf Jahre (Alternative: drei Jahre) als Gesellschafter in das Anteilsbuch eingetragen und

---

<sup>342</sup> Vgl § 76 Abs 2 GmbHG.

<sup>343</sup> Vgl dazu § 61 AktG.

<sup>344</sup> Vgl dazu § 61 Abs 2 AktG.

der ausgeschiedene Gesellschafter gelöscht war. Als Vorbild könnte § 16 Abs 3 dGmbHG dienen.

### c) Vertragliche Übertragungsbeschränkungen

Gerade in den Anfangsphasen sind Startups nicht nur auf Geldgeber angewiesen, sondern versuchen auch strategische Partner als Investoren zu gewinnen. Die Investoren werden von den Gründern daher sorgsam ausgewählt. Umgekehrt liegt auch den Investoren daran, das Gründerteam, das mit seinem Know-How gerade zu Beginn der entscheidende Erfolgsfaktor für ein Unternehmen ist, an das Unternehmen zu binden und sicherzustellen, dass diese langfristig an der Gesellschaft beteiligt bleiben. Die Zusammensetzung des Kreises der Gesellschafter hat maßgeblichen Einfluss auf den Erfolg des Unternehmens, sei es, wenn Gesellschafter selbst geschäftsführend oder sonst mittätig sind, sei es, weil sie diese überwachen, Anregungen in technischen oder wirtschaftlichen Fragen und in Fragen der Geschäftspolitik geben, Zustimmungen zu Geschäften erteilen oder verweigern oder sich sonst kooperativ oder unkooperativ verhalten. Während daher – wie bereits zuvor ausgeführt – die einfache Übertragbarkeit der Anteile für Startups wünschenswert ist, ist es sowohl für Gründer als auch Investoren von großer Bedeutung, den Gesellschafterkreis grundsätzlich geschlossen halten zu können.

Die Übertragung der Gesellschaftsanteile ist bei der Rechtsform der GmbH ein Hauptbereich vertraglicher Regelungen. In der Praxis kommt nahezu kein Gesellschaftsvertrag bzw. Syndikatsvertrag ohne verschiedene Formen von vertraglichen Übertragungsbeschränkungen aus. Das Spektrum reicht dabei von klassischen Übertragungsbeschränkungen wie Vinkulierungen, Vorkaufs- und Aufgriffsrechten über Mitverkaufsrechte und Mitverkaufspflichten bis hin zu befristeten Veräußerungsverboten (Lock-up) und Anwachsungsbestimmungen (Vesting) für Gründer, die mit Good Leaver und Bad Leaver-Bestimmungen kombiniert werden.<sup>345</sup> Eine empirische Untersuchung der österreichischen GmbH zeigt, dass bei rund 83 % der Gesellschaften eine Vinkulierung der Anteile vereinbart ist; zusätzlich – häufig parallel – werden in 53 % der Gesellschaftsverträge Vorkaufs- und Aufgriffsrechte vereinbart.<sup>346</sup> Nach einer empirischen Studie zur Rechtsform der Aktienge-

---

<sup>345</sup> Diese Bestimmungen regeln die Konsequenzen, wenn ein Gesellschafter die Gesellschaft vor Ablauf des Anwachsungszeitraumes verlässt. Für diesen Fall wird regelmäßig vorgesehen, dass der Gesellschafter seinen (noch nicht angewachsenen) Geschäftsanteil den übrigen Gesellschaftern zum Kauf anbieten muss. Je nachdem, aus welchem Grund der Gesellschafter aus der Gesellschaft ausscheidet (*Good* oder *Bad Leaver*), wird als Kaufpreis der Marktpreis oder ein entsprechend geringerer Preis vorgesehen.

<sup>346</sup> J. Reich-Rohrwig, Verbreitung und Gesellschafterstruktur der GmbH, in FS Kastner (1992) 371 (376 ff).

sellschaft in Österreich enthalten 24 % der Satzungen eine Vinkulierung, 3 % Vorkaufsrechte für Mit-Aktionäre; Mitverkaufsrechte für einzelne Aktionäre waren in 1 % der Satzungen enthalten.<sup>347</sup>

Es verwundert daher nicht, dass wegen ihrer praktischen Häufigkeit gesellschaftsvertragliche Regelungen über die Beschränkung der Übertragbarkeit von Anteilen Gegenstand breiter wissenschaftlicher Diskussion sind.<sup>348</sup>

#### d) Regelungen im Einzelnen

Für die Regelungen bei der neuen Rechtsform der Austrian Limited erscheinen viele der in den §§ 75 bis 83 GmbHG enthaltenen Regelungen als Vorbild geeignet. Auch bei der Austrian Limited sollte es möglich sein, die Übertragung der Anteile an bestimmte Erfordernisse zu knüpfen. Eine entsprechende gesetzliche Verankerung dieser Möglichkeit ist im Sinne der Rechtssicherheit empfehlenswert. Denkbar sind sämtliche Gestaltungsvarianten der Vinkulierung, etwa die Zustimmung der Gesellschaft oder der Gesellschafter oder auch einzelner Gesellschafter oder Gesellschaftergruppen (Investoren).

Im Folgenden wollen wir unseren Vorschlag für ein Regelungskonzept darauf konzentrieren, was in Abweichung der vorzitierten GmbH-rechtlichen Regelungen anders geregelt werden sollte:

Neben der Vinkulierung sollte auch die Möglichkeit gesellschaftsvertraglicher Vorkaufsrechte ausdrücklich eine gesetzliche Verankerung erfahren. Vorkaufsrechte sind ebenso

---

<sup>347</sup> J. Reich-Rohrwig, Analyse der Satzungen von Aktiengesellschaften in Österreich, in FS Aicher (2012), 607 f.

<sup>348</sup> J. Reich-Rohrwig, Übertragung vinkulierter Anteile, *ecolex* 1994, 757 ff; Karollus/Artmann, Zur Auslegung einer Vinkulierungsklausel – individuelles Zustimmungsrecht, Ersetzung der Zustimmung durch das Gericht und mittelbare Anteilsverschiebung, *GesRZ* 2001, 64 ff; Umfahrer, Aufgriffsrecht, Abfindungsregelungen und Vinkulierungsbestimmungen als Gestaltungsinstrumente im GmbH-Gesellschaftsvertrag, *GesRZ Sonderheft 100 Jahre GmbH*, 2006, 28; Umfahrer, Übertragung und Abfindung von GmbH-Anteilen, *GesRZ* 2010, 320 (321); Schopper/Walch, Zur Anwendbarkeit der §§ 1072 ff ABGB auf GmbH-Aufgriffsrechte, *ecolex* 2020, 519; Frenzel/Gruber, Schlüssige Gesellschafterzustimmung zur Übertragung vinkulierter Geschäftsanteile, *ecolex* 2016, 492 ff; Tichy, Einführung und Aufhebung von Vinkulierungsklauseln und statutarischen Aufgriffsrechten mittels Mehrheitsbeschlusses? *RdW* 1998, 55 ff; Fantur/Zehetner, Vinkulierte Geschäftsanteile, *ecolex* 2000, 428 (506 ff); Schmidberger, Beschränkungen der Übertragung von Geschäftsanteilen, in *Kalss/Rüffler*, *Satzungsgestaltung in der GmbH – Möglichkeiten und Grenzen* (2005) 93; Zollner in *U. Torggler*, *GmbHG § 77 Rz* 3 ff; Vonkilch, Immobilisierung von GmbH-Geschäftsanteilen durch Vorkaufsrechte? *RdW* 2019, 228; Gurmman/Sakowitsch, Vinkulierung von Geschäftsanteilen und Rechtsfolgen der Umgehung, *GES* 2008, 136; Rauter in *Straube/Ratka/Rauter*, *WK GmbHG § 77 Rz* 6 ff; vgl auch OGH 6 Ob 4/15d *GesRZ* 2015, 259 (Walch); 6 Ob 18/19v *ecolex* 2019, 1045.

wie Vinkulierungen in der Praxis häufig Bestandteil des Gesellschafts- oder Syndikatsvertrags einer GmbH und ein beliebtes Mittel zur Kontrolle des Gesellschafterkreises.<sup>349</sup> Dieses Instrument soll auch in der Austrian Limited erhalten bleiben.

Neben Vorkaufsrechten finden sich auch häufig Aufgriffsrechte in Gesellschaftsverträgen, die es einem oder mehreren Gesellschaftern erlauben, bei Eintreten bestimmter Bedingungen<sup>350</sup> von einem anderen Gesellschafter die Übertragung seines Geschäftsanteils zu verlangen. Durch eine entsprechende gesetzliche Verankerung sollte auch diese Möglichkeit ausdrücklich zugelassen werden, wobei die konkrete Ausgestaltung sowohl des Abtretungspreises als auch der erfassten Erwerbsfälle – innerhalb der gesetzlichen Grenzen (zB Sittenwidrigkeit, Gläubigerschutzbestimmungen) – der Privatautonomie der Gesellschafter überlassen bleiben sollte.

Es sollte klargestellt werden, dass gesellschaftsvertragliche Aufgriffsrechte auch im Falle der Exekutionsführung auf den Anteil und der Insolvenz des Gesellschafters durchsetzbar sind (von den Fällen anfechtbarer Rechtshandlungen nach §§ 27 ff IO und nach §§ 1 ff AnfO abgesehen). Eine solche Klarstellung wäre schon deshalb dringend erforderlich, weil die Firmenbuchpraxis in diesem Punkt derzeit uneinheitlich ist. Während nach unserer Erfahrung viele Firmenbuchgerichte solche Aufgriffsrechte nicht beanstanden und eintragen, hält das OLG Linz ein Aufgriffsrecht für den Fall der Insolvenz eines Gesellschafters für unzulässig.<sup>351</sup> Das OLG Linz leitet die Unzulässigkeit einerseits aus § 26 Abs 3 IO und andererseits unter Verweis auf eine Entscheidung des OGH<sup>352</sup> aus § 76 Abs 4 GmbHG ab, woraus sich die Wertung des Gesetzgebers ergebe, dass die Gläubigerbefriedigung den Interessen der Gesellschaft vorgehe. Würde man dieser Ansicht folgen, hätte dies zur Konsequenz, dass Aufgriffsrechte in der Insolvenz des Gesellschafters stets unzulässig wären, selbst wenn der Aufgriffspreis angemessen ist oder sogar über dem Verkehrswert liegt. Diese Entscheidung stieß im Schrifttum auf Kritik.<sup>353</sup> Bereits zuvor überwogen in der

---

<sup>349</sup> Vgl *Kalss/Probst*, Familienunternehmen Rz 5/82 ff.

<sup>350</sup> Als Erwerbsfälle werden häufig wichtige Gründe, wie unter anderem die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Gesellschafters, die Exekution eines Gläubigers auf den Geschäftsanteil eines Gesellschafters, das Verüben von Straftaten gegen die Gesellschaft oder einen Mitgesellschafter oder auch der Tod eines Gesellschafters definiert. Vgl OGH 6 Ob 140/17g GesRZ 2018, 44 (*Artmann*).

<sup>351</sup> OLG Linz 6 R 95/19m RWZ 2019, 396 (*Wenger*).

<sup>352</sup> OGH 6 Ob 35/16i RdW 2016, 610.

<sup>353</sup> Vgl dazu etwa *Schopper/Walch*, Aufgriffsrechte in der Insolvenz eines GmbH-Gesellschafters, NZ 2019, 441; *Schmidberger/Chalupsky/Duursma*, Unwirksamkeit von gesellschaftsvertraglichen Aufgriffsrechten im Falle der Insolvenz eines Gesellschafters? GES 2020, 3; *Huemer/Haglmüller*, "Aus" für das Aufgriffsrecht der Gesellschafter im Falle eines insolventen Mitgesellschafters? RdW 2019, 747.

Literatur die Stimmen, die eine Zulässigkeit von Aufgriffsrechten im Insolvenzfall bejahen.<sup>354</sup> Auch der OGH hatte bereits in einer früheren Entscheidung, die die Formpflicht der Ausübungserklärung eines Aufgriffsrechts zum Gegenstand hatte, zu erkennen gegeben, dass bei einem angemessenen Aufgriffspreis wohl keine Gefährdung der Gläubiger bestehe.<sup>355</sup> Das OLG Linz nahm zwar auf die genannte Entscheidung des OGH Bezug, legte diese Aussage seiner Entscheidung aber offenbar nicht zugrunde. Durch eine ausdrückliche Klarstellung des Gesetzgebers, dass solche Aufgriffsrechte für den Fall der Insolvenz eines Gesellschafters zulässig sind, wenn der Aufgriffspreis nicht unter dem Verkehrswert liegt, könnte die uneinheitliche Firmenbuchpraxis und die damit verbundene Rechtsunsicherheit beseitigt werden.

In der gesamten Venture-Capital- bzw Startup-Branche sind typischerweise „Vesting-Regelungen“ zu finden, wonach die Gründer oder auch Mitarbeiter zwar einen gewisse Beteiligung am Stammkapital halten, diese ihnen aber wirtschaftlich erst im Zeitablauf zukommen, das heißt endgültig gehören soll (vesting period), bspw zu 1/5 pro Jahr: Scheidet ein Gründer diesfalls als Angestellter der Gesellschaft binnen drei Jahren aus, hat der den nach Maßgabe des Zeitablaufs noch nicht „gevesteten“ Teil seines Anteils – in diesem Beispiel 2/5 seines Anteils – zum Nominale an die übrigen Gesellschafter abzutreten.<sup>356</sup>

In der deutschen Judikatur als zulässig anerkannt sind auch Manager-Beteiligungsmodelle,<sup>357</sup> bei denen Führungskräfte lediglich während der Dauer ihrer Tätigkeit an der Gesellschaft beteiligt sind und bei Ausscheiden den Anteil ebenfalls – weitgehend entschädigungslos – abzutreten haben.

---

<sup>354</sup> *Rüffler*, Zweifelsfragen zu gesellschaftsvertraglichen Aufgriffsrechten für den Fall des Konkurses eines GmbH-Gesellschafters, wbl 2008, 353 (356 ff); *Kletečka*, Aufgriffsrechte, Optionsrechte und Anbote im Konkurs, GesRZ 2009, 82 (86 ff); *Umlauft*, Die Auswirkungen des Insolvenzrechts auf gesellschaftsvertragliche Aufgriffsrechte, GesRZ 2009, 4 (7 f); *Weichselbaumer*, Aufgriffsrechte für die GmbH-Gesellschafterinsolvenz (2016) 107 ff; *Fantur*, Anm zu OGH 16.3.2007, 6 Ob 142/05h, GES 2007, 186 (188); *Schmidberger*, Beschränkungen der Übertragung von Geschäftsanteilen, in *Kalss/Rüffler*, Satzungsgestaltung in der GmbH – Möglichkeiten und Grenzen (2005) 120 f; *Eckert*, Insolvenz von Gesellschaftern, in *Konecny*, Insolvenz-Forum 2010 (2011) 72 f; aA *Höller*, Übertragungsbeschränkungen für Geschäftsanteile im Konkurs des GmbH-Gesellschafters, ZIK 2004, 151 (155); *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, ÖGesRZ Rz 4/309, der die Vereinbarung zwar für zulässig aber nicht durchsetzbar erachtet; *Nitsche*, Insolvenzvorsorge in Gesellschaftsverträgen, in FS Jelinek (2002) 187 (195).

<sup>355</sup> Vgl Punkt 3.4. OGH 6 Ob 180/17i GesRZ 2018, 57.

<sup>356</sup> Vgl *Geweßler/Steinhart*, Incentivierungsprogramme bei Start-Ups, SWK-Spezial Einkommensteuer 2019, 169 ff; vgl OGH 8 ObA 161/02p RdW 2003, 575; *Talos*, ecolex 2003, 702; *J. Reich-Rohrwig/Szilagyi* in *Artmann/Karollus*, AktG<sup>6</sup> Anh § 75 Rz 101; *J. Reich-Rohrwig/Zimmermann* in *Artmann/Karollus*, AktG<sup>6</sup> § 78 Rz 52 ff.

<sup>357</sup> BGH II ZR 342/03 NJW 2005, 3644; II ZR 173/04 NJW 2005, 3641.

Eine Benachteiligung der Gläubiger liegt unseres Erachtens bei derartigen Regelungen nicht vor: Die besondere Abtretungsverpflichtung ist nämlich regelmäßig Kern der privat-autonomen Willenseinigung und auch der Preisgestaltung (!) beim Erwerb des jeweiligen Geschäftsanteils gewesen. Darauf ist auch bei der gesetzlichen Regelung Rücksicht zu nehmen, wenn man ernst damit machen will, durch die Austrian Limited eine für innovative Unternehmen geeignete Rechtsform zu schaffen.

Ebenfalls in der Praxis weite Verbreitung haben Mitverkaufsrechte und Mitverkaufspflichten gefunden. Die so genannte Drag-Along-Klausel (Mitverkaufspflicht) regelt eine Pflicht zum Mitverkauf von Anteilen, wenn eine entsprechend festgelegte Mehrheit der Gesellschafter oder einzelner Gesellschaftergruppen die Anteile verkaufen möchte (Exit-Regelung). Dies ermöglicht, dass die verkaufswilligen Gesellschafter im Falle eines Verkaufs der Gesellschaft sicherstellen können, dass ein Kaufinteressent 100% der Anteile erwerben kann.

Auf der anderen Seite schützt die so genannte Tag-Along-Klausel<sup>358</sup> (Mitverkaufsrecht) die Minderheitsgesellschafter, indem sie ihnen ermöglicht, ihre Anteile ebenfalls zu verkaufen, wenn ein anderer Gesellschafter seine Anteile verkaufen möchte. Jener Gesellschafter, der das Mitverkaufsrecht ausübt, kann damit verhindern, dass er sich plötzlich mit einem anderen Gesellschafter konfrontiert sieht, den er sich nicht ausgesucht hat.<sup>359</sup> Zudem erzielt dieser mit seinem Minderheitsanteil einen maximalen Verkaufserlös, da er keine üblichen Bewertungsabschläge für Minderheitenanteile hinnehmen muss. Inhaltlich entspricht dies dem Anliegen des Übernahmegesetzes.

Die Mitverkaufspflicht sollte an die Bedingung geknüpft werden, dass die anderen (verkaufswilligen) Gesellschafter schriftlich und wahrheitsgemäß erklären, dass die Übertragung bona fide an einen von ihnen unabhängigen dritten Erwerber erfolgt. Die Mitverkaufspflicht (drag along) setzt voraus, dass die Interessen der mitverkaufsverpflichteten Gesellschafter bei Vorbereitung und Durchführung des Verkaufsprozesses und des Verkaufs gewahrt werden. Dies kann etwa durch einen geordneten Verkaufsprozess unter Beziehung eines unabhängigen und nicht befangenen M&A-Beraters erfolgen, wobei dieser Prozess auf Maximierung des Veräußerungserlöses ausgerichtet ist<sup>360</sup>. Bei der Mitverkaufspflicht ist auch eine solidarische Haftung jedes einzelnen Gesellschafters, der zum Mitverkauf seines Anteils verpflichtet wird, für Verpflichtungen der Verkäufer gegenüber

---

<sup>358</sup> Dazu *Schmidsberger* in *Kalss/Rüffler*, *Satzungsgestaltung* 93 ff, 116 f; *Bank/Möllmann*, *Venture Capital Agreements in Germany* 265 ff.

<sup>359</sup> Vgl. *Kalss/Probst*, *Familienunternehmen* Rz 5/90 ff.

<sup>360</sup> *Wöss/Helm* in *Kofler/Polster-Grüll*, *Private Equity und Venture Capital* (2003) 336; *Bank/Möllmann*, *Venture Capital Agreements in Germany* 273; *Schmidsberger* in *Kalss/Rüffler*, *Satzungsgestaltung* 93 ff, 116 f.

dem Käufer der Anteile auszuschließen. Sowohl die Mitverkaufspflicht als auch das Mitverkaufsrecht können privatautonom sehr unterschiedlich ausgestaltet sein, eine abschließende gesetzliche Regelung wäre daher nur schwer umsetzbar und wenig sinnvoll. Es sollte für die Austrian Limited aber jedenfalls gesetzlich verankert werden, dass solche Regelungen generell zulässig sind. Wie soeben skizziert, könnte dafür auch ein gewisser Rahmen vorgegeben werden. Die konkrete Ausgestaltung würde dann im Gesellschaftsvertrag nach der Vorstellung der Gesellschafter erfolgen und könnte auch im Nachhinein durch eine Änderung des Gesellschaftsvertrags mit entsprechender Mehrheit geändert werden.

Mit Blick auf § 77 GmbHG sollte für die Austrian Limited klargestellt werden, dass ein Gesellschafter, der das gerichtliche Verfahren zur Ersetzung der verweigerten Zustimmung durch das Gericht eingeleitet hat und dem die Zustimmung ersetzt wird, letztlich auch zur Übertragung seines Geschäftsanteils an den von der Gesellschaft namhaft gemachten Erwerber nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet ist. Gleichzeitig sollte auch der Fall geregelt werden, was gilt, wenn der Mehrheitsgesellschafter oder Geschäftsführer seinen Anteil übertragen will und das Gericht die von Gesellschafterseite verweigte Zustimmung ersetzt hat, aber dann der Geschäftsführer niemanden als von der Gesellschaft namhaft gemachten Erwerber benennt: Insoweit sollte ein Gesellschafterbeschluss über die Benennung des Erwerbers vorgesehen werden, der nur durch die übrigen Gesellschafter – ohne den verkaufswilligen Gesellschafter – gefasst wird. Alternativ oder kumulativ könnte auch ein entsprechendes anteiliges Aufgriffsrecht der übrigen Gesellschafter vorgesehen werden.

In der Praxis übliche vertragliche Übertragungsbeschränkungen sollten bei der Austrian Limited ausdrücklich für zulässig erklärt werden.

#### **5.8.4 Erwerb eigener Anteile**

##### a) Allgemeines

Für die österreichische **GmbH** sind der Erwerb und die Pfandnahme eigener Geschäftsanteile gesetzlich ausgeschlossen. Der österreichische Gesetzgeber hatte im Jahre 1906 die Befürchtung, dass durch den Erwerb oder durch die Pfandnahme „eigener Anteile“ die Kapitalbasis der GmbH ausgehöhlt werden könnte und erklärte beides für wirkungslos.

Nur der Erwerb im Exekutionswege zur Hereinbringung eigener Forderungen der Gesellschaft wurde zugelassen (§ 81 GmbHG)<sup>361</sup>. Mit der Novelle des Jahres 2007<sup>362</sup> wurde immerhin der unentgeltliche Erwerb eigener Anteile, der Erwerb eigener Anteile im Wege der Gesamtrechtsnachfolge und der Erwerb eigener Anteile zur Entschädigung von Minderheitsgesellschaftern nach Maßgabe der Vorschriften, die für den Erwerb eigener Aktien geltend, zugelassen.

Das **Aktienrecht** enthält in den §§ 65 ff AktG detaillierte Vorschriften über die (eingeschränkte) Zulässigkeit des Erwerbs eigener Aktien, einschließlich der Verpflichtung zur Veräußerung eigener Aktien (§ 65a AktG).

b) Praktische Relevanz des Erwerbs eigener Anteile

Der Erwerb eigener Anteile ist ein Instrument, das bei nicht börsnotierten Unternehmen vor allem zur Vorbereitung der Beteiligung von Mitarbeitern, leitenden Angestellten, Geschäftsführern, Verwaltungs- oder Aufsichtsratsmitgliedern am Unternehmen oder zwecks Einziehung eigener Anteile Verwendung findet. Die Beteiligung von Mitarbeitern und Geschäftsführern dient naturgemäß als Incentive, um hier die tüchtigsten Personen an das Unternehmen zu binden. Insofern ist dieses Instrument, einschließlich Optionen für Anteile, bei innovativen und hochperformenden Unternehmen sehr wichtig.

c) Regelung für die Austrian Limited

Unseres Erachtens hat sich seit dem Erlass des GmbHG einiges geändert. Deshalb sollte der rigide Standpunkt des GmbHG und das dort verankerte Verbot des Erwerbs eigener Anteile (§ 81) für die Austrian Limited nicht übernommen werden:

Zum Zeitpunkt des Erlasses des GmbHG gab es keine detaillierten Rechnungslegungsvorschriften, die sicherstellten, dass die Vermögensverhältnisse der Gesellschaft mit einem „true and fair view“ dargestellt werden. Deshalb bestand damals tatsächlich berechtigter Anlass, im Erwerb eigener GmbH-Geschäftsanteile eine Gefährdung der Vermögensgrundlage der Gesellschaft zu erblicken. Insofern haben sich aber die tatsächlichen und

---

<sup>361</sup> Siehe 236 Blg stProt HH XVII. Sess 1904, 87 f. Dort wurde das Verbot des Erwerbs eigener Geschäftsanteile mit der Befürchtung der Schmälerung des Stammkapitals und des Verlustes der subsidiären Kollektivhaftung der Gesellschafter nach §§ 70 und 83 GmbHG begründet und gleichzeitig wurde es auch als inkonsequent bezeichnet, den Erwerb eigener, sei es auch voll eingezahlter Geschäftsanteile zu gestatten, wenn die Einziehung von Geschäftsanteilen ohne Herabsetzung des Stammkapitals untersagt werde. Alle diese Punkte sollen allerdings bei der Austrian Limited anders geregelt werden. Das Argument des Verlustes der Mithaftung der Mitgesellschafter ist außerdem, seitdem die Ein-Personen-GmbH gesetzlich zugelassen wurde, nicht mehr valide.

<sup>362</sup> BGBl I 2007/72.

rechtlichen Grundlagen in den letzten mehr als 100 Jahren bis zum heutigen Tag entscheidend geändert. Es spricht daher nichts dagegen, den Erwerb eigener Anteile in jenem Umfang zuzulassen, wie auch eine nicht börsennotierte Aktiengesellschaft eigene Anteile erwerben darf.

In diesem Zusammenhang ist auch hervorzuheben, dass das AktG in § 65 Abs 2 Satz 2 ohnedies regelt, dass in den hier relevanten Fällen durch den Erwerb eigener Anteile das im Interesse des Gläubigerschutzes gebundene Vermögen („Nettoaktivvermögen“) das Grundkapital und eine nach Gesetz oder Satzung gebundene Rücklage nicht unterschreiten darf. Zudem muss der Ausgabebetrag der Anteile vollständig geleistet sein.

Diese Kautelen müssen selbstverständlich auch bei der Zulassung des Erwerbs eigener Anteile durch eine Austrian Limited mitgeregelt werden und könnten im Gesetzestext sogar noch deutlicher hervorgehoben werden.

Allenfalls könnte man auch verlangen, dass der Erwerb eigener Anteile zusätzlich nur dann zulässig ist, wenn die nach Gesetz von der Austrian Limited im Rahmen des „Ansparmodells“ zu bildende Rücklage bereits vollständig gebildet ist und durch den Erwerb eigener Anteile nicht angetastet wird.

Im Übrigen sollte sich die neue Regelung an den für Aktiengesellschaften geltenden Regelungen der §§ 65 ff AktG orientieren.

### **5.8.5 Gewinnanspruch der Gesellschafter**

Der Gewinnanspruch der Gesellschafter sollte den Bilanzgewinn umfassen, soweit er nicht nach Gesetz oder Satzung von der Verteilung ausgeschlossen ist (Vollausschüttungsgebot). Eine Ermächtigung des Gesellschaftsvertrags, Gewinne von der Verteilung auszuschließen, muss deutlich formuliert sein.<sup>363</sup>

Vertragliche, vom Gesetz abweichende Regelungen zur Gewinnverteilung unter den Gesellschaftern sollten wie bei GmbH und AG zulässig sein.

Die Frage, ob die Geschäftsführung ermächtigt ist, aus dem Jahresüberschuss bzw zu Lasten des Jahresfehlbetrags im Sinne des § 231 UGB Rücklagen zu bilden und auf diese Weise den Bilanzgewinn zu schmälern, ist ohne explizite Ermächtigung im Gesellschaftsvertrag nach dem Vorbild des GmbHG zu verneinen.

---

<sup>363</sup> OGH 6 Ob 169/16w RdW 2017, 243.

Denkbar ist auch – in Anlehnung an das Kriterium gemäß § 23 URG –, es der einfachen Gesellschaftermehrheit oder einem Beschluss, der mit Dreiviertelmehrheit gefasst wird, anheimzustellen, einen Teil des Bilanzgewinns in eine Gewinnrücklage einzustellen, bis das bilanzielle Eigenkapital mindestens 8 % der Bilanzsumme erreicht hat.

**„Ansparmodell“ – Gewinnausschüttungsbeschränkung:** Im Sinne des im Regierungsprogramm vorgesehenen „Ansparmodells“ sollte allerdings eine Gewinnausschüttungsbeschränkung nach deutschem Vorbild zur Unternehmergesellschaft haftungsbeschränkt<sup>364</sup> geregelt werden, die die Gesellschaft verpflichtet, ein Viertel des jährlichen Gewinns zur Bildung einer Gewinnrücklage zu verwenden, bis das bilanzielle Eigenkapital der Gesellschaft einen Mindestbetrag von € 10.000,- erreicht hat.

Der **gutgläubige Bezug von Dividenden** könnte nach den Vorbildern von § 82 Abs 1 und § 83 Abs 1 Satz 2 GmbHG sowie § 56 Abs 1 Satz 2 AktG geregelt werden.

### 5.8.6 Verbot der Einlagenrückgewähr

Für das **Verbot der Einlagenrückgewähr** und für die Haftung der Empfänger aus der Einlagenrückgewähr kann unseres Erachtens an die GmbH- und aktienrechtlichen Regelungen angeknüpft werden, allerdings mit folgenden Modifikationen:

Das Verbot der Einlagenrückgewähr dient mehreren Zwecken: Dem Gläubigerschutz und der Wahrung der Vermögensrechte der Gesellschafter und deren Gleichbehandlung: Letzteres ist betroffen, wenn nicht alle Gesellschafter im gleichen Verhältnis, wie es ihrer Gewinnbeteiligung entspricht, an der Einlagenrückgewähr partizipieren. Als dritter Aspekt ist der finanzrechtliche oder finanzstrafrechtliche Aspekt zu betrachten; denn der Fiskus hat naturgemäß ein Interesse, dass Erträge, die die Kapitalgesellschaft erzielt, nicht an dieser vorbei direkt an die Gesellschafter weitergeleitet werden und auf diese Weise etwa Körperschaftsteuer, Kapitalertragsteuer, allenfalls auch Umsatzsteuer, hinterzogen wird. Der steuerliche Aspekt ist allerdings ohnedies durch die Steuergesetze abgedeckt, sodass es bei der gesellschaftsrechtlichen Regelung der Einlagenrückgewähr ausschließlich auf den Aspekt des Gläubigerschutzes und des Gesellschafts-Innenverhältnisses ankommt.

Die österreichische Rechtslage für GmbH und AG geht über die weniger weitreichenden Vorschriften, die das deutsche GmbH-Gesetz für die Einlagenrückgewähr vorschreibt, hin-

---

<sup>364</sup> § 5a Abs 3 dGmbHG.

aus. Insofern stellt sich die Frage, ob man für die österreichische Regelung das hohe Niveau des Gläubigerschutzes beibehalten will oder sich der deutschen Regelung anpasst oder annähert.

Unser Regelungsvorschlag geht grundsätzlich von der Beibehaltung des höheren österreichischen Gläubigerschutzniveaus in puncto Verbot der Einlagenrückgewähr aus, will allerdings als überstreng empfundene Regelungen auf ein vernünftiges Maß herabmildern (insofern könnte der Gesetzgeber auch für das GmbHG und das AktG diesen Vorschlägen folgen).

Unser Regelungsvorschlag lautet daher dahin, dass abweichend von der GmbH-rechtlichen Regelung über das Verbot der Einlagenrückgewähr (§§ 82 und 83 GmbHG) und in Modifikation der aktienrechtlichen Regelung Folgendes geregelt werden sollte:

- Bei der Beurteilung des Fremdvergleichs (Drittvergleichs) von Geschäften zwischen der Gesellschaft und ihren unmittelbaren oder mittelbaren Gesellschaftern – also bei der Beurteilung der Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung – sollte anerkannt werden, dass es in aller Regel nicht exakt nur einen angemessenen Preis, sondern eine Bandbreite oder Schwankungsbreite zulässiger angemessener Preise bzw Werte von Leistung und Gegenleistung gibt.<sup>365</sup>
- Die derzeit judizierte Parallelität der Ansprüche aus Verstößen gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr und zivilrechtlicher Bereicherungsansprüche<sup>366</sup> sollte unseres Erachtens ausgeschlossen werden. Es sollten ausschließlich die gesellschaftsrechtlichen Ansprüche aus dem Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr bestehen, allenfalls auch der zivilrechtliche Anspruch auf Herausgabe des Eigentums an die Gesellschaft, sofern der Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr zur Nichtigkeit des Geschäfts geführt hat.
- Bei Wertinäquivalenz außerhalb der Bandbreite vernünftiger Bewertung, die aber noch zu keiner Verkürzung über die Hälfte des wahren Werts führt, sollte das am Prüfstand stehende Geschäft grundsätzlich gültig sein (keine Gesamtnichtigkeit), sofern der bevorteilte Gesellschafter die Differenz auf die angemessene Gegenleistung innerhalb einer von der Gesellschaft zu setzenden, angemessenen Frist ausgleicht.

---

<sup>365</sup> J. Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung bei AG, GmbH sowie GmbH & Co. KG (2004) 123; VwGH 90/14/0050 GesRZ 1995, 130; BFH I R 103/00 GmbHR 2001, 1163 ff; I R 46/01 ZIP 2003, 1938; BGH II ZR 126/89 BGHZ 111, 224, 227; *Krejci*, Zum GmbH-rechtlichen Ausschüttungsverbot, wbl 1993, 276.

<sup>366</sup> OGH 6 Ob 110/12p GesRZ 2013, 38 (*Torggler*); 6 Ob 79/16k ecolex 2016, 599; 6 Ob 206/17p NZ 2018, 114.

- Die Verjährungsfrist für Rückforderungsansprüche bzw Ansprüche auf Zahlung der Wertdifferenz sowie für die Geltendmachung des Eigentums am unwirksam übertragenen Vermögensgegenstand der Gesellschaft sollte mit fünf Jahren oder mit der kürzeren zivilrechtlichen Verjährungsfrist<sup>367</sup> festgelegt werden. Soweit sich die Einlagenrückgewähr bilanziell erst in einem späteren Geschäftsjahr auswirkt und bilanziert wird, als in jenem, in dem das schuldrechtliche Geschäft geschlossen wurde, sollte die Verjährung erst mit Vorlage des betreffenden Jahresabschlusses an die Gesellschafter, in dem sich der Abgang des Vermögensgegenstandes ausgewirkt hat, zu laufen beginnen. Diese Verlängerung der Verjährung sollte nicht gelten, wenn alle Gesellschafter vom Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr schon vor diesem Zeitpunkt Kenntnis erlangt hatten.

Eine Mithaftung von Gesellschaftern für Beträge, die an andere Gesellschafter unter Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr zugewendet wurden (in diesem Sinne § 83 Abs 2 und 3 GmbHG<sup>368</sup>), sollte bei der Austrian Limited nicht eingeführt werden: Diese Vorschrift hat bisher für die Arbeit von Insolvenzverwaltern in der Praxis keine Rolle gespielt, sie bedeutet jedoch für den sorgfältigen und risikoavers handelnden Investor ein unkalkulierbares und daher abschreckendes Risiko, das Österreich als Investitionsstandort unattraktiv macht. Zudem wirkt sich die Mithaftungsvorschrift in der Praxis kontraproduktiv aus, indem nämlich im Insolvenzfall alle Gesellschafter – sowohl jene, die verbotenerweise eine Leistung erhalten haben, als auch jene, die dafür mithaften würden – eine „Mauer des Schweigens“ bilden und dem Insolvenzverwalter keine Informationen geben, damit sie selbst nicht zur Haftung oder Mithaftung herangezogen werden können.

---

<sup>367</sup> Vgl für die Rückforderungsansprüche, bei denen der Entgeltanspruch der dreijährigen Verjährungsfrist unterliegt: RIS-Justiz RS0021868; RS0117773; OGH 9 ObA 157/97x DRdA 1998/38, 345 (*Mader*); 9 ObA 39/00a DRdA 2001/21, 257 (*Eypeltauer*); 4 Ob 73/03v ecolex 2003, 664 (*Graf*); 10 Ob 148/05w SZ 2006/4; 1 Ob 32/08z SZ 2008/40; 7 Ob 269/08x SZ 2009/40; 8 ObA 5/13p wbl 2014, 39; 4 Ob 181/13s ecolex 2014, 860 (*Wilhelm*) (wenn auch hier Anwendung der 30-jährigen Verjährungsfrist); 9 ObA 87/13d RdW 2014, 83; 8 Ob 12/13t immolex 2013/65, 208 (*Prader*) = ZRB 2013, 150 (*Seeber*); 5 Ob 25/15k immolex 2016, 51 (*Prader*); OGH 10 Ob 62/16i JBI 2017, 385; 3 Ob 47/16g JBI 2016, 783; 7 Ob 137/18z JBI 2020, 51; *Lurger in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.07</sup> Vor § 1431 – 1437 Rz 18; *Vollmaier in Klang*, ABGB<sup>3</sup> § 1478 Rz 20 ff.

<sup>368</sup> Dazu *J. Reich-Rohrwig/Zimmermann*, Ist die Ausfallhaftung des GmbH-Gesellschafters nach § 83 Abs 2 GmbHG unbeschränkt? ecolex 2017, 613 ff.

## 5.9 Neunter Abschnitt: Einziehung eigener Gesellschaftsanteile

### 5.9.1 Regelungen im GmbHG und im AktG über die Zwangseinziehung von Gesellschaftsanteilen bzw Aktien

Das GmbH-Recht kennt – anders als das deutsche Vorbild<sup>369</sup> – keine Einziehung von Gesellschaftsanteilen, wenn man von einem Ausnahmefall für konzessionierte Gesellschaften absieht.<sup>370</sup> Begründet wurde die fehlende Zulassung mit Erwägungen des Gläubigerschutzes, obwohl eigentlich die Rückzahlung ohnedies nur zulasten eines ausschüttbaren Bilanzgewinns gehen durfte.

Demgegenüber lassen sowohl das deutsche GmbHG (§ 34) als auch das deutsche und das österreichische Aktienrecht die Zwangseinziehung von Anteilen zu, sofern dies die Satzung regelt. Auf diese Weise können Aktionäre freiwillig oder gegen ihren Willen, wenn die in der Satzung festgelegten Voraussetzungen für die Zwangseinziehung erfüllt sind, aus der Gesellschaft ausgeschlossen und ihre Anteile eingezogen werden.

### 5.9.2 Zwangseinziehung von Anteilen bei der Austrian Limited

Wir halten die Einführung einer Regelung über die Zwangseinziehung von Anteilen an der Austrian Limited nach dem Vorbild des österreichischen Aktienrechts (§§ 192 bis 194 AktG über die Kapitalherabsetzung durch Einziehung von Aktien) für sinnvoll, denn dieser Vorgang gibt den Gesellschaftern Flexibilität beim Rückerwerb eigener Anteile – etwa weil der betreffende Gesellschafter seinen Anteil verkaufen will und dieser Anteil dann endgültig durch Kapitalherabsetzung beseitigt werden, also „amortisiert“ werden soll. Oder die Einziehung von Anteilen dient als „Zwangseinziehung“ dem Ausschluss von Gesellschaftern, die einen wichtigen oder sachlichen Grund für ihren Ausschluss gesetzt haben.<sup>371</sup> Hier ist insbesondere an jene Fälle zu denken, in denen Gründungsgesellschafter oder Gesellschafter „der ersten Stunde“, spätere Kapital- und Know-How-Geber oder Kooperationspartner ihre Verpflichtungen nicht erfüllen, indem etwa ein im Unternehmen mittätiger Initiator wesentlich früher aus der Geschäftsführung oder der sonstigen Mitwirkung am Aufbau des Unternehmens ausscheidet, als dies vertraglich vereinbart war. Das spielt gerade bei Startups mit ihren mittätigen Gründern eine erhebliche Rolle, die

---

<sup>369</sup> § 34 dGmbHG.

<sup>370</sup> § 58 GmbHG; dazu die Gesetzesmaterialien RV 236 Blg st. Prot HH, XVII. Session 1904, 74, die explizit auf konzessionierte Eisenbahngesellschaften Bezug nehmen.

<sup>371</sup> Siehe dazu *J. Reich-Rohrwig*, Ausschluss von Aktionären durch Zwangseinziehung ihrer Aktien, GesRZ 2011, 137 ff.

gar nicht so selten praxisrelevant wird. Eine Zwangseinziehung von Anteilen könnte helfen, die mit bestehenden Anwachsungsbestimmungen (Vesting) für Gründer verbundenen Unsicherheiten und Schwierigkeiten zu beseitigen.

Die Zulassung der Zwangseinziehung von Anteilen ermöglicht aber auch die Regelung eines Anpassungsmechanismus: So könnte die Zwangseinziehung etwa vollzogen werden, wenn die unter Unsicherheit festgelegte Höhe von Anteilen eines Sacheinlegers an der Gesellschaft nach einer bestimmten Beobachtungsfrist nach Maßgabe des tatsächlichen Betriebserfolges des als Sacheinlage eingelegten Betriebes nach unten korrigiert, eine Kooperation entflochten oder Aktienoptionen und Aktiengewährungen rückgängig gemacht werden sollen, wenn der dafür maßgebliche Erfolg nicht nachhaltig eingetreten ist.

Bei der Kapitalherabsetzung durch Einziehung von Aktien brauchen die Vorschriften über die „ordentliche Kapitalherabsetzung“ nicht befolgt zu werden, wenn die Aktien der Gesellschaft entweder unentgeltlich zur Verfügung gestellt werden oder die Abfindung zu lasten des sich aus der Jahresbilanz ergebenden Bilanzgewinns oder einer freien Rücklage geht.<sup>372</sup> Auf diese Weise wird die Abfindung ohnedies nur aus Beträgen, die genauso gut im Wege der Gewinnausschüttung an die Gesellschafter ausgeschüttet werden könnten, bezahlt, sodass der Gläubigerschutz nicht beeinträchtigt wird. Gleiches sollte für die Austrian Limited geregelt werden.

Hat die Gesellschaft keine ausschüttbaren Rücklagen, so muss es auch zulässig sein, dass andere Gesellschafter jene Beträge, die für die Abfindung der betroffenen Gesellschafter zu leisten ist, der Gesellschaft zur Verfügung stellen, uzw unter Vereinbarung eines nachrangigen Liquidationsvorabs oder eines nur aus ausschüttbaren Bilanzgewinnen zu tilgenden nachrangigen Darlehens.<sup>373</sup>

Die Zwangseinziehung von Anteilen hat vor allem bei einer großen Zahl von Gesellschaftern eine erhebliche praktische Vereinfachung zur Folge und ist leichter abzuwickeln, als wenn sämtliche übrigen Gesellschafter (oder nur einzelne von ihnen?) den betreffenden Gesellschafter auf Ausschluss und Übernahme seines Anteils klagen müssten.

Die Zwangseinziehung von Aktien ist eine wichtige und im Aktienrecht – in Deutschland auch im GmbH-Recht – praktisch bewährte Einrichtung, die uns für die Rechtsform der Austrian Limited empfehlenswert scheint.

---

<sup>372</sup> Siehe dazu im Detail § 192 Abs 3 AktG.

<sup>373</sup> J. Reich-Rohrwig, GesRZ 2011, 139.

## 5.10 Zehnter Abschnitt: Mezzanine Finanzierungsformen

### 5.10.1 Vorbemerkungen

Da es für Startups in der Gründungsphase zumeist nahezu unmöglich ist, sich über klassische Kredite zu finanzieren, sind sie in besonderem Maße auf Risikokapital angewiesen. Startups nehmen dieses Risikokapital in den meisten Fällen als Eigenkapital im Rahmen von Kapitalerhöhungen auf. Eine Alternative dazu können mezzanine Finanzierungsformen bilden, die Eigenschaften von Fremdkapital und Eigenkapital verbinden. Alternative Finanzierungsinstrumente, die schon seit Jahrzehnten in den USA und Großbritannien verstärkt nachgefragt werden, haben in den vergangenen Jahren ihren Weg nach Kontinentaleuropa und damit auch nach Österreich gefunden.<sup>374</sup> Mezzanin-Kapital kann zur Optimierung der Finanzierungsstruktur und zur Erweiterung des Handlungsspielraumes auch für Startups attraktiv sein. Diese hybriden Finanzierungsinstrumente bieten insbesondere den Vorteil, dass sie auch zur raschen Überbrückung allfälliger Finanzierungsengpässe eingesetzt werden können. Darüber hinaus lässt sich die bei Startups oft schwierige Bewertung des Unternehmens im Zeitpunkt der Ausgabe der Finanzinstrumente vermeiden, indem sie auf einen späteren Zeitpunkt (zu dem die Wandlung erfolgt) verschoben wird. Zudem ist bei Sacheinlagen, wie im Fall des Wandeldarlehens eine Forderung gegenüber der Gesellschaft, bei der GmbH eine Sacheinlageprüfung erforderlich, die nicht nur zusätzliche Kosten verursacht, sondern in der Regel auch zu einem erheblichen Zeitverlust führt. In der Praxis wird dies dadurch vermieden, dass anstelle der Einlage der Forderung neue Geschäftsanteile zum Nominale ausgegeben werden und im Gegenzug auf die Rückzahlung des Darlehens verzichtet wird. Diese Vorgehensweise bedarf allerdings eines einstimmigen Gesellschafterbeschlusses. Die Möglichkeit der Schaffung neuer Anteile aus einem bedingten oder genehmigten Kapital der Gesellschaft würde diese Finanzierungsform für Startups in der Praxis deutlich vereinfachen.

### 5.10.2 Finanzinstrumente mit Bezugs- oder Wandlungsrecht

Wandeldarlehen, im englischsprachigen Raum auch als Convertibles oder Convertible Loans bekannt, bzw Wandelschuldverschreibungen (auch Wandelanleihen oder Convertible Bonds) sind Finanzierungsinstrumente, mit denen dem jeweiligen Gläubiger ein Recht auf den zukünftigen Erwerb von Anteilen eingeräumt wird. Der Unterschied besteht in der Verbriefung des Rechtes der Wandelschuldverschreibung, weshalb diese – im Unterschied zum Wandeldarlehen – auch ein handelbares Wertpapier sein kann. Beiden Finanzierungsinstrumenten ist gemein, dass sie das Recht einräumen, das an die Gesellschaft

---

<sup>374</sup> *Kirchberger/Maurer*, Der österreichische Mezzanin-Kapitalmarkt zur Unternehmensfinanzierung in der Expansionsphase, ÖBA 2007, 421 (421).

bezahlte Geld zu einem späteren Zeitpunkt (samt Zinsen) in eine Beteiligung am Unternehmen konvertieren zu können. Das Wandlungsrecht kann dabei entweder optional oder zwingend vorgesehen sein (bei Erreichen bestimmter Ziele oder nach Ablauf eines gewissen Zeitraums). Auch der Gesellschaft kann das Recht eingeräumt werden, die Wandlung durch den Investor zu erzwingen. Zum Zeitpunkt der Ausgabe der Finanzinstrumente ist in der Regel keine Unternehmensbewertung erforderlich, bei Wandeldarlehen wird häufig die Wandlung im Zuge einer späteren Finanzierungsrunde vorgesehen, bei der ohnehin eine Unternehmensbewertung vorgenommen werden muss. Während Wandeldarlehen weder im GmbH- noch im Aktienrecht explizit vorgesehen sind, sind Wandelschuldverschreibungen im Aktienrecht in § 174 AktG gesetzlich geregelt. In der Praxis werden insbesondere Wandeldarlehen häufig eingesetzt und deren spätere Wandlung durch umfangreiche schuldrechtliche Vereinbarungen geregelt.

Unter Wandel- bzw Optionsanleihen sind Finanzinstrumente zu verstehen, bei denen ein Anleihegläubiger ein Recht auf den zukünftigen Erwerb von Anteilen erhält, entweder durch Umtausch der Anleihe gegen Anteile (Wandelanleihe) oder unabhängig von der Anleihe gegen Zahlung eines Bezugspreises (Optionsanleihe). Beide Instrumente verknüpfen daher ebenfalls die Rechte einer Anleihe mit einer Option auf Eigenkapitalanteile des emittierenden Unternehmens.

Ebenfalls aus dem angloamerikanischen Raum kommend steigt auch der Einsatz so genannter Warrants. Warrants funktionieren dabei im Grunde wie Optionen, die insbesondere an Mitarbeiter aber auch an Investoren ausgegeben werden können und diese zum Kauf von Anteilen an der Gesellschaft zu einem vorab festgelegten Preis berechtigen. Warrants können somit unter anderem auch im Rahmen von Mitarbeiterbeteiligungsprogrammen Verwendung finden.

Sämtlichen genannten Instrumenten ist gemein, dass diese unter gewissen Bedingungen zum Erwerb von Anteilen an der Gesellschaft berechtigen, die entweder aus bestehenden Anteilen bedient werden können oder die Schaffung neuer Anteile erfordern. Für Startups ist dies in der GmbH aktuell nur durch Anteilsabtretungen oder Kapitalerhöhungen möglich, welche zeitaufwändig und mitunter auch kostspielig sind. Im Aktienrecht ist in § 174 AktG zunächst die generelle Zulässigkeit von Wandelschuldverschreibungen gesetzlich geregelt. Für die Bedienung der Umtausch- bzw Bezugsrechte von Wandelschuldverschreibungen eröffnet das Aktiengesetz in § 159 Abs 2 Z 1 AktG darüber hinaus den Anwendungsbereich des bedingten Kapitals. Dadurch erübrigt sich einerseits der Formalismus einer ordentlichen Kapitalerhöhung und andererseits können die neuen Anteile jeweils im erforderlichen Ausmaß geschaffen werden, das im Zeitpunkt der Ausgabe der Finanzinstrumente noch nicht bekannt ist.

Für die Austrian Limited sollte daher zunächst explizit die Zulässigkeit derartiger Finanzierungsformen mit späterem Bezugs- oder Wandlungsrecht gesetzlich verankert werden. Dabei kann man sich am Vorbild in § 174 AktG orientieren. Dabei sollten allerdings nicht nur Wandelschuldverschreibungen, sondern sämtliche Finanzinstrumente (sei es in verbrieft oder unverbrieft Form), die in Anteile umgewandelt werden können oder mit einem Bezugsrecht auf Anteile verbunden sind, für zulässig erklärt werden. Eine allfällige Aufzählung der zulässigen Finanzierungsinstrumente sollte jedenfalls nur demonstrativ sein und so offen, dass möglichst keine (hybriden) Finanzierungsformen ausgeschlossen werden. Das scheint schon deshalb geboten, weil es sich um einen dynamischen Bereich handelt, in dem in der Praxis auch immer wieder neue Finanzierungsformen entwickelt werden.

Die Ges-RL sieht in Artikel 68 für die Aktiengesellschaft vor, dass für die Ausgabe aller Wertpapiere, die in Anteile umgewandelt werden können oder mit einem Bezugsrecht auf Aktien verbunden sind, eine Beschlussfassung durch die Hauptversammlung erfolgen muss. Dies ist auch aufgrund der potentiellen Kollision mit den Aktionärsinteressen (insbesondere in Form einer potentiellen Verwässerung und/oder eines geminderten Gewinnanspruchs) sachgerecht und sollte daher der Abschluss bzw die Ausgabe von Finanzinstrumenten mit Wandel- oder Gewinnansprüchen einer Beschlussfassung der Gesellschafter mit einer Mehrheit von zumindest Dreivierteln des Nennkapitals bedürfen. Den Gesellschaftern soll – wie auch bei sonstigen Kapitalerhöhungen – ein Bezugsrecht zukommen, das nach den in Punkt 5.6.2.b. bereits beschriebenen Grundsätzen nach dem GmbH- und Aktienrecht ausgeschlossen werden können soll. Wie im Aktienrecht<sup>375</sup> sollte auch in der Austrian Limited die Möglichkeit bestehen, die Geschäftsführung zum Abschluss bzw zur Ausgabe solcher Finanzinstrumente für die Dauer von fünf Jahren zu ermächtigen. Zusätzlich sollte der Anwendungsbereich des bedingten Kapitals der Austrian Limited für sämtliche aus derartigen Finanzinstrumenten resultierenden Wandlungs- und Bezugsrechte eröffnet werden. Zudem könnten auch das genehmigte oder das genehmigte bedingte Kapital zur Bedienung der Wandlungs- und Bezugsrechte herangezogen werden.

### **5.10.3 Finanzinstrumente mit Vermögensrechten**

Neben den genannten Finanzinstrumenten, die mit einem Wandlungs- oder Bezugsrecht ausgestattet sind, bestehen auch andere Finanzinstrumente, die die Gläubiger nicht direkt an der Gesellschaft beteiligen, sondern diesen lediglich Vermögensrechte, etwa eine Beteiligung am Gewinn der Gesellschaft, einräumen. Aus dem Aktienrecht<sup>376</sup> sind dem

---

<sup>375</sup> Vgl § 174 Abs 2 AktG.

<sup>376</sup> § Vgl § 174 AktG.

österreichischen Recht Gewinnschuldverschreibungen und Genussrechte bekannt. Bei der Gewinnschuldverschreibung wird dem Gläubiger anstelle oder zusätzlich zu einer Verzinsung eine Gewinnbeteiligung eingeräumt.

Der Begriff des Genussrechtes<sup>377</sup> ist gesetzlich nicht definiert. Dieses Finanzierungsinstrument bietet den Parteien daher eine Vielfalt an Gestaltungsmöglichkeiten. Genussrechte vermitteln dem Gläubiger gesellschaftertypische Vermögensrechte an der Gesellschaft. Nach herrschender Meinung ist dieses Finanzierungsinstrument nicht nur den Aktiengesellschaften vorbehalten, sondern auch bei einer Personengesellschaft und GmbH zulässig.<sup>378</sup>

Auch die Ausgabe derartiger Finanzierungsinstrumente, die die Rechte der Gläubiger mit Gewinnanteilen von Gesellschaftern in Verbindung bringen, sollten – da dadurch der Gewinnanspruch der übrigen Gesellschafter geschmälert wird – in die Kompetenz der Gesellschafter fallen. Den Gesellschaftern soll – nach aktienrechtlichem Vorbild<sup>379</sup> – auch ein Bezugsrecht zukommen, das nach den in Punkt 5.6.2 Ordentliche Kapitalerhöhung bereits beschriebenen Grundsätzen ausgeschlossen werden können soll.

Für die Austrian Limited sollte eine gesetzliche Grundlage für die Ausgabe solcher Finanzinstrumente geschaffen werden, die den Gesellschaftern eine möglichst flexible Ausgestaltung ermöglicht.

Die Zulässigkeit mezzaniner Finanzierungsformen (zB Wandeldarlehen, Optionsanleihen oder Genussrechte) erweitert den Handlungsspielraum von Startups bei der Kapitalbeschaffung und kann zur Optimierung der Finanzierungsstruktur beitragen. Für die Bedienung von Bezugs- oder Wandlungsrechten, die aus derartigen Finanzinstrumenten resultieren, sollte der Anwendungsbereich des genehmigten, des bedingten und des genehmigten-bedingten Kapitals eröffnet werden.

## 5.11 Elfter Abschnitt: Auflösung und Liquidation der Gesellschaft

### 5.11.1 Allgemeines

Jedes Gesetz zu einer Personen- oder Kapitalgesellschaft sieht auf Grund des naturgegebenen Bedarfs, das Gesellschaftsverhältnis beenden zu können, Regelungen über die Auf-

---

<sup>377</sup> Siehe etwa *Bergmann*, Genussrecht (2016).

<sup>378</sup> *Natusch*, Wirtschaftliche Grundlagen, in: *Häger/Elkmann-Reusch*, Mezzanine Finanzierungsinstrumente<sup>2</sup> (2007) 21 (34); *Kirchberger/Maurer*, ÖBA 2007, 425.

<sup>379</sup> Vgl § 174 Abs 4 AktG.

lösung und Liquidation der Gesellschaft vor. Ferner sind auch die Liquidation infolge Insolvenz oder behördlicher Auflösung der Gesellschaft zu regeln. Dies macht es auch bei der Austrian Limited notwendig, entsprechende Regelungen vorzusehen.

Bei der Liquidation geht es im Kern darum, das Vermögen der Gesellschaft zu verwerten, die Gläubiger zu befriedigen und einen allenfalls verbleibenden Liquidationsüberschuss unter den Gesellschaftern zu verteilen. So einfach wie das klingt, so kompliziert und langdauernd kann dieser Vorgang sein.

Die Liquidation hat interessewährend für die Gesellschafter zu erfolgen, also so, dass ein höchstmöglicher Veräußerungserlös erzielt wird. Die Interessen von Arbeitnehmern und öffentlichen Interessen dürfen berücksichtigt werden, wie dies im Aktienrecht geregelt<sup>380</sup> und auch für die GmbH anerkannt ist<sup>381</sup>. Bietet sich die Möglichkeit oder es ist vorteilhafter, das Unternehmen samt Firma als Ganzes zu veräußern, so wäre es pflichtwidrig, wenn die Liquidatoren davon keinen Gebrauch machen. Denn im Allgemeinen bleiben nur auf diese Weise die Sachwerte und die immateriellen Werte voll erhalten<sup>382</sup>.

Bei der neuen Rechtsform der Austrian Limited werden die Gründer und die Kapitalgeber in vielen Fällen nicht primär die Liquidation der Gesellschaft durch Verkauf und Verwertung ihres Vermögens (asset deal) anstreben, sondern einen lukrativen Verkauf der Anteile an der Gesellschaft (share deal). Der Verkauf der Anteile ist in aller Regel der rechtstechnisch einfachere und der einzig interessewahrende Vorgang, weil die Rechtsverhältnisse der Austrian Limited durch einen Share-Deal in aller Regel unverändert bleiben, wohingegen im Falle einer Liquidation in Folge der Einzelrechtsnachfolge<sup>383</sup> rechtstechnische Schwierigkeiten bei der Übertragung von höchstpersönlichen Rechten, Vertragsverhältnissen, Gewerbeberechtigungen, Lizenzen usw. auftreten würden.

Deshalb ist es wichtig, den Gesellschaftern – im Sinne der Vertragsfreiheit – vertragliche Regelungen zu gestatten, die zwar wirtschaftlich betrachtet einer Liquidation der Gesellschaft gleichkommen, aber nicht zur Liquidation der Gesellschaft zwingen, sondern die mittelbare Verwertung des Vermögens die gemeinsame Verwertung aller Anteile zuzulassen (siehe auch die Ausführungen zur Mitverkaufspflicht oben zu Punkt 5.8.2). In der Vertragspraxis sind diesbezüglich umfangreiche und teils auch komplizierte Regelungen

---

<sup>380</sup> § 70 Abs 1 AktG.

<sup>381</sup> Zur GmbH: OGH 26.2.2002, 1 Ob 144/01k; RIS-Justiz RS0049482.

<sup>382</sup> J. Reich-Rohrwig, GmbH-Recht 1 707 f, unter Verweis auf RG IV 406/25 RGZ 158, 226; BGH II ZR 218/78, BB 1981, 9.

<sup>383</sup> Siehe J. Reich-Rohrwig, Rechtsnachfolge in Verträge und vertragliche Rechtsnachfolgeklauseln, GesRZ 2016, 126 ff; Dehn in U. Torggler, UGB<sup>3</sup> § 38 Rz 16 ff; Dellinger in Zib/Dellinger, UGB § 38 Rz 64 ff.

gebräuchlich, bei denen Risikokapitalgeber verschiedener Gruppen, die zu unterschiedlichen Zeitpunkten bei unterschiedlicher Risikolage eingetreten sind, unterschiedliche und/oder bevorrangte Teile des Liquidationserlöses erhalten (liquidation preference<sup>384</sup>). Unter Liquidationserlös wird dann der bei der Veräußerung sämtlicher Anteile erzielte Gesamterlös verstanden.

### **5.11.2 Rechtstechnische Ausgestaltung der Auflösung und Liquidation (Abwicklung) der Gesellschaft**

Wie erwähnt hat sich für die neue Rechtsform der Austrian Limited regelungstechnisch ein Abschnitt des Gesetzes mit der Auflösung (Auflösungsgründe) und mit der Durchführung der Abwicklung (Liquidation) der Gesellschaft zu befassen.

Auflösungsgründe: Neben den Fällen der behördlichen Auflösung oder der Auflösung infolge der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens (ausgenommen Sanierungsplanverfahren) oder Abweisung eines Insolvenzantrages mangels kostendeckenden Vermögens und der Amtslöschung wegen Vermögenslosigkeit<sup>385</sup> ist hier in erster Linie der Auflösungsbeschluss durch die Gesellschafter zu nennen. Anders als im GmbH-Gesetz, wo für den Auflösungsbeschluss die einfache Stimmenmehrheit genügt, sollte für die Austrian Limited der Auflösungsbeschluss an eine Dreiviertelmehrheit geknüpft werden, in Übereinstimmung mit dem österreichischen Aktienrecht, dem deutschen Aktienrecht und auch dem deutschen GmbH-Recht. Die österreichische Regelung, dass für den Liquidationsbeschluss einer GmbH die einfache Stimmenmehrheit genügt, ist weitgehend unbekannt und wird bei der Vertragsgestaltung regelmäßig nicht bedacht. Oft führt dies zu vertraglichen Regelungslücken und ermöglicht der einfachen Gesellschaftermehrheit die „kalte = faktische Übernahme“ des Know-Hows, des Kundenstocks und des Good wills der Gesellschaft<sup>386</sup>. Eine mit einfacher Mehrheit zu beschließende Liquidation wäre daher eine willkommene „Einfallspforte“ für missbräuchliches Verhalten, wie auch die Judikatur belegt<sup>387</sup>. Sachgerecht scheint uns daher die Anknüpfung an eine Dreiviertelmehrheit, wie die Vorbilder des österreichischen und des deutschen Aktienrechts, aber auch des deutschen GmbH-Rechts, zeigen.

---

<sup>384</sup> *Bernegger/Haimburger* in *Kofler/Polster-Grüll*, Private Equity und Venture Capital (2003) 206; *Wöss/Helm*, ebendort, 339 f; *H. Foglar-Deinhardstein/Trettnak* in FAH, GmbHG<sup>2</sup> § 89 Rz 4 und § 91 Rz 21; *Bank/Möllmann*, Venture Capital Agreements in Germany 295 ff.

<sup>385</sup> Vgl §§ 39 und 40 FBG:

<sup>386</sup> Meist sammelt sich diese primär in den Personen der (Gesellschafter-) Geschäftsführer an.

<sup>387</sup> OGH 9 ObS 21/91 RdW 1992, 249; 6 Ob 335/97a ecolex 1998, 557 (*Szep/Ortner*); 7 Ob 38/98h SZ 71/42; 6 Ob 76/17w ecolex 2017, 1083; OLG Wien 28 R 214/10m NZ 2011, 222 (*Andrae*); BGH II ZR 75/87 BGHZ 103, 183; *J. Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht<sup>1</sup> 657; *Enzinger* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 39 Rz 9.

Im Sinne der Vertragsfreiheit soll es möglich sein, als weiteren Auflösungsgrund die Kündigung durch einzelne Gesellschafter und gegebenenfalls korrespondierende Aufgriffsrechte von Mitgesellschaftern zu vereinbaren. Auch Kündigungsverzichte für einen bestimmten Zeitraum oder bis zum Eintritt bestimmter Ereignisse (Erreichen bestimmter Milestones) sind naturgemäß möglich.

Dass im Stadium der Liquidation die bisherigen Geschäftsführer und Mitglieder des Verwaltungsrats als Liquidatoren fungieren sollten, wenn die Parteien nichts anderes vereinbaren oder ad hoc beschließen, scheint uns naheliegend und richtig, weil derartige Regelungen auch im GmbHG und im AktG enthalten sind und sich bewährt haben. Die Abberufung von Liquidatoren (Abwicklern) aus wichtigem Grund sollte allerdings nicht, wie im Aktienrecht, als 5 %-Minderheitsrecht ausgestattet werden, sondern als Individualrecht jedes Gesellschafters. Hauptanwendungsfall sind grobe Pflichtverletzungen oder Interessenkollisionen, denen die Liquidatoren unterliegen und die zu einer Beeinträchtigung des Liquidationserlöses führen könnten. Dementsprechend ist es sachgerecht, dass jeder Gesellschafter zur entsprechenden Antragstellung berechtigt ist, wie dies auch beim Recht auf Abberufungsklage gegen Geschäftsführungsorgane der Fall ist.

## 5.12 Zwölfter Abschnitt: Umwandlung der Gesellschaft in eine GmbH, Aktiengesellschaft oder SE

### 5.12.1 Allgemeines

Die Umwandlung der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft unter Wahrung ihrer rechtlichen Identität ist schon seit mehr als einem Jahrhundert das Anliegen des Gesetzgebers. So ließ der Gesetzgeber schon in der Urfassung des GmbHG aus 1906<sup>388</sup> die Umwandlung einer Aktiengesellschaft in eine GmbH<sup>389</sup>, aber auch die Umwandlung eines Erwerbsvereins und einer – in Bergbau und Schwerindustrie als Rechtsform gebräuchlichen – „Gewerkschaft“ in eine GmbH zu<sup>390</sup>. Das AHGB, das die Kommanditgesellschaft auf Aktien und die Aktiengesellschaft geregelt hatte, enthielt keine Vorschriften über die Umwandlung<sup>391</sup>. Mit der Modernisierung des Aktienrechts durch das AktG 1937 und das AktG 1965 wurde die Umwandlung einer AG in eine GmbH und umgekehrt auch die Umwandlung einer GmbH in eine AG gesetzlich zugelassen und geregelt. Da die GmbH als die aus Gläu-

---

<sup>388</sup> RGBl Nr. 58/1906 vom 15.3.1906.

<sup>389</sup> § 97 GmbHG.

<sup>390</sup> § 101 GmbHG.

<sup>391</sup> Siehe *Staub/Pisko*, Kommentar zum AHGB Artikel 205 (S 571).

bigersicht weniger sichere Rechtsform angesehen wurde, erforderte die Umwandlung einer GmbH in eine AG eine der Gründungsprüfung nachgebildete Werthaltigkeitsprüfung. Diese Rechtslage gilt insofern auch heute noch.

### **5.12.2 Umwandlung einer Austrian Limited in eine andere Kapitalgesellschaft**

Auch der Austrian Limited sollte die Flexibilität der Gesellschafter gewahrt bleiben. Das Recht zur Änderung, das heißt zur Umwandlung der Rechtsform<sup>392</sup>, ist daher einzuräumen.

Nichts spricht dagegen, dass es der Austrian Limited und ihren Gesellschaftern gestattet wird, die Rechtsform der Gesellschaft in jene einer GmbH oder Aktiengesellschaft umzuwandeln. Falls man aus Gründen des Gläubigerschutzes Bedenken gegen eine Umwandlung ohne Werthaltigkeitsprüfung hat, so könnte man für beide Arten der Umwandlung eine Werthaltigkeitsprüfung im Sinne einer Gründungsprüfung = Umwandlungsprüfung (analog § 6a Abs 4 GmbHG bzw analog § 247 AktG) vorsehen.

Unseres Erachtens sollte es allerdings – zumindest was die Umwandlung der Austrian Limited in eine GmbH betrifft – ausreichend sein, wenn deren Nennkapital dem gesetzlichen Mindeststammkapital einer GmbH entspricht und ein durch einen Jahresabschlussprüfer testierter Jahresabschluss, der nicht älter als neun Monate ist, vorliegt. Gleichgültig sollte sein, ob es sich um das Testat einer gesetzlich zwingenden oder einer freiwilligen Jahresabschlussprüfung handelt. Aus dem Jahresabschluss sollte nur hervorgehen müssen, dass in der Gesellschaft ein Nettoaktivvermögen, also ein positives Eigenkapital vorhanden ist, das dem gesetzlichen Mindeststammkapital der GmbH von € 35.000,-, falls es ausständige Einlagen gibt, zumindest dem GmbH-rechtlichen Mindesteinzahlungserfordernis von € 17.500,- entspricht. Liegen die angeführten Voraussetzungen laut letztem Jahresabschluss nicht vor, muss es auch zulässig sein, die Fehlbeträge durch Zuzahlungen oder durch Kapitalerhöhung an die Gesellschaft zu leisten.

Mehr ist in Hinblick auf das ähnliche, wenngleich nicht in allen Facetten identische, Gläubigerschutzniveau einer Austrian Limited bei deren Umwandlung in eine GmbH nicht zu verlangen.

Für beide Arten der Umwandlung – sei es in eine Aktiengesellschaft, sei es in eine GmbH – müsste eine entsprechende gesetzliche Regelung über die Zulassung der Umwandlung

---

<sup>392</sup> Zu Aspekten der Wahl der Rechtsform siehe *Bergmann/Kalss*, Rechtsformwahl (2020).

getroffen werden, sei es im neuen Gesetz über die Austrian Limited, oder sei es im GmbHG und im Aktiengesetz.

### **5.12.3 Umwandlung einer Austrian Limited in eine Europäische Gesellschaft?**

Zur Umwandlung einer Austrian Limited in eine Europäische Gesellschaft (SE): Da Artikel 37 der SE-VO<sup>393</sup> nur die Umwandlung einer bestehenden Aktiengesellschaft in eine SE vorsieht, nicht hingegen von Kapitalgesellschaften anderer Rechtsformen, ist daraus zu schließen, dass die direkte Umwandlung der Austrian Limited in eine SE in einem einzigen Schritt nicht möglich ist. Möglich wäre die Erreichung dieses Endziels aber, wenn die Austrian Limited zuvor in einem ersten Schritt in eine Aktiengesellschaft und diese sodann in einem zweiten Schritt in eine SE umgewandelt wird<sup>394</sup>.

Alternativ könnte nach dem ersten Schritt der Umwandlung der Austrian Limited in eine Aktiengesellschaft die Gründung einer SE durch Verschmelzung von Aktiengesellschaften erfolgen<sup>395</sup>.

## **5.13 Dreizehnter Abschnitt: Umwandlung einer GmbH, Aktiengesellschaft oder SE in die Rechtsform der Austrian Limited**

### **5.13.1 Allgemeines**

Wie bereits zu Punkt 5.12.1 erwähnt, hat der Gesetzgeber – den Bedürfnissen der Wirtschaft Rechnung tragend – seit langem die identitätswahrende Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine andere Rechtsform zugelassen. Gemäß dem Umwandlungsgesetz 1954 und dem 1996 neu erlassenen Umwandlungsgesetz<sup>396</sup> ist sogar die Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft oder in eine GmbH & Co. KG möglich. Dieser Gedanke Wahlfreiheit der Rechtsform sollte nach Auffassung der Gutachter im Sinne höchstmöglicher Flexibilität der Unternehmen fortgeführt werden und auch für die neue Rechtsform der Austrian Limited gelten.

---

<sup>393</sup> VO (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8.10.2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft.

<sup>394</sup> Gemäß Artikel 37 SE-VO und §§ 29 bis 32 SE-Gesetz.

<sup>395</sup> Gemäß Artikel 2 Abs 1 SE-VO iVm Artikel 17 ff SE-VO; §§ 17 ff SE-Gesetz.

<sup>396</sup> Artikel XIV EU-GesRÄG, BGBl 1996/304.

### **5.13.2 Rechtsformändernde Umwandlung einer GmbH oder Aktiengesellschaft in eine Austrian Limited**

Für die Umwandlung einer GmbH oder Aktiengesellschaft in eine Austrian Limited könnte die Regelung der §§ 239 ff AktG entsprechend herangezogen und erweitert werden, so dass dort auch die Umwandlung einer Aktiengesellschaft nicht nur in eine GmbH, sondern auch in eine Austrian Limited geregelt und zugelassen wird.

Eine den §§ 239 bis 244 AktG entsprechende Regelung könnte auch für die Umwandlung einer GmbH in eine Austrian Limited im GmbHG oder im neuen Gesetz eingefügt werden. Für die Umwandlung der GmbH in eine Austrian Limited kann nach Ansicht der Gutachter allerdings der in § 243 AktG geregelte Gläubigerschutz durch Anspruch auf Sicherheitsleistung entfallen, da das aus Gläubigersicht relevante Schutzniveau bei der GmbH und bei der Austrian Limited im Wesentlichen gleichwertig sind.

Gleichzeitig könnte die Novellierung im Aktiengesetz auch zum Anlass dafür genommen werden, die Gläubigerschutzregelung in § 243 AktG jener des § 226 AktG anzupassen, indem der Anspruch auf Sicherheitsleistung nur dann besteht, wenn die Gläubiger glaubhaft machen, dass durch die Umwandlung die Erfüllung ihrer Forderung gefährdet wird.

Unter steuerrechtlichen Gesichtspunkten ist mit derartigen Umwandlungen der Rechtsform auf die Austrian Limited durchaus zu rechnen. Vielfach allein deshalb, um das Nennkapital auf den niedrigeren Betrag, der für die Austrian Limited gilt, herabsetzen und die Einlagen steuerfrei an die Gesellschafter zurückzahlen zu können. Diesem Effekt könnte aus finanzpolitischen Gründen durch eine Regelung, die im Falle der Umwandlung (und ebenso der Verschmelzung) die Beibehaltung des für die alte Rechtsform gültigen Mindestkapitals vorsieht, begegnet werden.

### **5.13.3 Rechtsformändernde Umwandlung einer Europäischen Gesellschaft in eine Austrian Limited**

Die Umwandlung einer SE in eine Aktiengesellschaft ist nach Artikel 66 SE-VO gestattet, allerdings frühestens zwei Jahre nach Eintragung der SE oder nach Genehmigung der ersten beiden Jahresabschlüsse. Die Umwandlung einer SE in eine andere Kapitalgesellschaft ist in der SE-VO nicht geregelt und daher wohl nicht zugelassen. Insoweit wird das Schweigen des SE-Verordnungsgebers als Nichtzulassung zu werten sein.

Will man demnach eine SE in eine Austrian Limited umwandeln, zwingt dies dazu, zunächst in einem ersten Zwischenschritt die Umwandlung der SE in eine Aktiengesellschaft

durchzuführen, die sodann in einem zweiten Schritt in eine Austrian Limited umgewandelt werden kann<sup>397</sup>.

## 5.14 Vierzehnter Abschnitt: Verschmelzung der Gesellschaft (mit einer anderen Austrian Limited)

### 5.14.1 Allgemeines

Im 19. Jahrhundert unter Geltung des AHGB wurde die Verschmelzung von Kommanditgesellschaften auf Aktien mit einer Aktiengesellschaft nicht zugelassen<sup>398</sup>. Hingegen gestattete der Artikel 247 AHGB die Verschmelzung („Vereinigung“) von Aktiengesellschaften, allerdings unter Einhaltung einer getrennten Vermögensverwaltung („Vermögensseparation“), bis die Befriedigung oder Sicherstellung ihrer Gläubiger erfolgt ist. Diese Art der Vermögensseparation als Gläubigerschutzmaßnahme war auch noch im Umwandlungsgesetz 1954 enthalten<sup>399</sup>. Die Rechtsentwicklung bei der Verschmelzung – die Umwandlung auf den Hauptgesellschafter bewirkte ja im Ergebnis eine Verschmelzung des Vermögens der Kapitalgesellschaft mit ihrem Haupt- oder Alleingesellschafter – zeigt, dass der Gesetzgeber in weiterer Folge von der wirtschaftshemmenden Vermögensseparation Abstand nahm und den Gläubigerschutz auf andere Weise herbeiführte.

Der im Regierungsprogramm zum Ausdruck kommende Gedanke einer flexiblen und wirtschaftsfreundlichen Rechtsform sollte unseres Erachtens auch bei Umstrukturierungen, insbesondere Verschmelzungen, durch Zulassung der Verschmelzung der Austrian Limited mit anderen Austrian Limiteds (dazu unten Punkte 5.14), aber auch mit Kapitalgesellschaften anderer Rechtsformen (dazu unten Punkte 5.15) umgesetzt werden.

### 5.14.2 Verschmelzung der Austrian Limited mit einer anderen Austrian Limited

Die Verschmelzung zweier oder mehrerer Austrian Limiteds lässt sich in Anlehnung an die für die Verschmelzung von GmbHs geltenden Regelungen (§§ 96 ff GmbHG) legistisch in einer praxisbewährten Art und Weise regeln.

---

<sup>397</sup> *Drinhausen* in *Habersack/Drinhausen*, SE-Recht<sup>2</sup> Artikel 66 SE-VO Rz 1 ff; *Schröder* in *Manz/Mayer/Schröder*, Europäische Aktiengesellschaft<sup>3</sup> Artikel 66 SE-VO Rz 32; *Schäfer* in *MünchKomm AktG*<sup>4</sup> Artikel 66 SE-VO Rz 1; *Kiem* in *Kölner Kommentar AktG*<sup>3</sup> Artikel 66 SE-VO Rz 14; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, ÖGesR<sup>2</sup> Rz 3/1273.

<sup>398</sup> *Staub/Pisko*, Kommentar zum AHGB, Art. 205 S 571.

<sup>399</sup> § 5 Abs 2, § 9 UmwG 1954, BGBl 1954/187 (Vermögensseparation für die Dauer von sechs Monaten).

## 5.15 Fünfzehnter Abschnitt: Rechtsformübergreifende Verschmelzung einer Austrian Limited mit einer GmbH, Aktiengesellschaft oder SE

### 5.15.1 Allgemeines

Im Sinne der Flexibilität sollten rechtsformübergreifende Verschmelzungen der Austrian Limiteds mit Kapitalgesellschaften anderer Rechtsform ermöglicht werden. Vorbilder für diese rechtsformübergreifenden Arten von Verschmelzungen existieren.

### 5.15.2 Rechtsformübergreifende Verschmelzung mit einer GmbH

Soll der Verschmelzungsvorgang zwischen Austrian Limiteds und GmbHs oder vice versa stattfinden, so könnten die Verschmelzungsvorschriften der §§ 96 bis 101 GmbHG für sinngemäß anwendbar erklärt werden. Zusätzlich sollte § 234 Abs 4 AktG (Pflicht zur Prüfung des Jahresabschlusses der übertragenden Gesellschaft, wenn für diese bisher eine Abschlussprüfung nicht vorgeschrieben war) für anwendbar erklärt werden. Falls man in der Verschmelzung einer GmbH als übertragende Gesellschaft mit einer Austrian Limited als übernehmende Gesellschaft eine ins Gewicht fallende Verschlechterung der Rechtsstellung der GmbH-Gesellschafter erblickt, so könnte man bei dieser rechtsformübergreifenden Verschmelzung auch das Ausscheiden und die Barabfindung der Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft analog zu § 234b AktG vorsehen.

### 5.15.3 Rechtsformübergreifende Verschmelzung mit einer Aktiengesellschaft

Für die rechtsformübergreifende Verschmelzung einer Austrian Limited als übertragende Gesellschaft mit einer Aktiengesellschaft als übernehmende Gesellschaft ist es naheliegend, § 234 AktG als Vorbild heranzuziehen.

Für die rechtsformübergreifende Verschmelzung einer AG als übertragende Gesellschaft mit einer Austrian Limited als übernehmende Gesellschaft bietet es sich an, § 234a AktG derart zu erweitern, dass dort in Absatz 1 nicht nur die Verschmelzung einer Aktiengesellschaft mit einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, sondern auch mit einer Austrian Limited geregelt wird. Daraus ergibt sich, dass der weitere Regelungsgehalt der §§ 234a und 234b AktG auch auf die rechtsformübergreifende Verschmelzung einer Aktiengesellschaft als übertragende Gesellschaft mit einer Austrian Limited als übernehmende Gesellschaft anwendbar ist. Also ein winziger legislativer Eingriff, der den Rechtsgedanken wahrt, dass die Aktiengesellschaft jene Rechtsform einer Kapitalgesellschaft ist, die das höchste Schutzniveau für ihre Anteilsinhaber und Gläubiger aufweist.

#### 5.15.4 Rechtsformübergreifende Verschmelzung mit einer Europäischen Gesellschaft

Eine rechtsformübergreifende Verschmelzung einer Austrian Limited mit einer SE – gleichgültig in welche Richtung – ist in der SE-VO nicht geregelt und nicht vorgesehen und ist daher wohl unzulässig<sup>400</sup>. Artikel 17 SE-VO sieht zwar die Gründung einer SE durch Verschmelzung von Aktiengesellschaften vor. Wenn man aber eine Austrian Limited mit einer SE verschmelzen will, muss man zunächst im ersten Schritt die Austrian Limited in eine Aktiengesellschaft umwandeln, bevor dann in einem zweiten Schritt deren Verschmelzung mit der SE erfolgen kann.

### 5.16 Sechzehnter Abschnitt: Grenzüberschreitende Verschmelzung

#### 5.16.1 Allgemeines

Wie bereits oben erwähnt, ist es Ziel des Regierungsprogramms 2020 - 2024, eine flexible Rechtsform zu schaffen, um den Wirtschaftsteilnehmern praktikable Instrumente zur Befriedigung ihrer Bedürfnisse bei der Rechtsformgestaltung des Unternehmens an die Hand zu geben. Dazu gehört auch die Wahrnehmung der Niederlassungsfreiheit innerhalb der EU und des EWR. Ganz im Sinne dieser Flexibilisierung sieht auch die Verschmelzungsrichtlinie<sup>401</sup> die Möglichkeit der grenzüberschreitenden Verschmelzung vor. Das in Ausführung dieser EU-Richtlinie in Österreich erlassene EU-Verschmelzungsgesetz<sup>402</sup> lässt die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften zu. Voraussetzung ist nur, dass es sich um eine Kapitalgesellschaft handelt. Dies trifft nach unserem Regelungsvorschlag auf die Austrian Limited zu<sup>403</sup>.

Im Ergebnis muss es demnach zulässig sein und dies stößt auf keine inhaltlichen oder formalrechtlichen Bedenken, dass auch eine Austrian Limited grenzüberschreitend ins Ausland verschmolzen oder eine ausländische Kapitalgesellschaft (als übertragende Gesellschaft) ins Inland mit einer Austrian Limited verschmolzen wird.

---

<sup>400</sup> Artikel 17 SE-VO.

<sup>401</sup> Richtlinie 2005/56/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.10.2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten, geändert durch die Richtlinie 2019/2121 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.11.2019 in Bezug auf grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen.

<sup>402</sup> Bundesgesetz über die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften in der Europäischen Union (EU-Verschmelzungsgesetz – EU-VerschG), BGBl I 2007/72, zuletzt geändert durch BGBl I 2017/107.

<sup>403</sup> Vgl § 1 Abs 2 Z 2 EU-VerschG idF BGBl I 2011/53.

### **5.16.2 Anpassungsbedarf für die Implementierung der grenzüberschreitenden Verschmelzung**

Die im EU-VerschG enthaltenen Regelungen über die grenzüberschreitende Verschmelzung sollten, da dort in § 3 explizit (nur) Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung genannt sind, entsprechend um die Rechtsform der Austrian Limited erweitert werden. Gleiches gilt für die folgenden Paragraphen des EU-VerschG, wo jeweils die Aktiengesellschaft und die GmbH namentlich genannt werden.

## **5.17 Siebzehnter Abschnitt: Spaltung**

### **5.17.1 Allgemeines**

Im Sinne der Flexibilität für Unternehmen lässt das Bundesgesetz über die Spaltung von Kapitalgesellschaften (SpaltG) die Spaltung von Kapitalgesellschaften in einem rechtlich einheitlichen Vorgang – ohne Abwicklung und Liquidation der zu spaltenden Gesellschaft – zu. Zur Wahrung der Vermögensinteressen ordnet der Gesetzgeber für den Spaltungsvorgang Gesamtrechtsnachfolge an.

Die Spaltung kann durch „Abspaltung“ oder „Aufspaltung“ erfolgen. Der Spaltungsvorgang kann aber auch mit einer Verschmelzung des abgespaltenen Teils kombiniert werden; man spricht dann von einer „Abspaltung zur Aufnahme“ oder „Aufspaltung zur Aufnahme“. Im Sinne einer maximalen Flexibilität lässt das SpaltG auch die gleichzeitige Übertragung auf neue und übernehmende Gesellschaften zu<sup>404</sup>.

### **5.17.2 Spaltung einer Austrian Limited**

Es bestehen keinerlei Bedenken oder Gegenargumente, die Spaltung einer Austrian Limited in den aufgezeigten Formen (Abspaltung zur Neugründung, Aufspaltung zur Neugründung, Abspaltung zur Aufnahme, Aufspaltung zur Aufnahme) durchzuführen. Die gläubigerschützenden Regelungen im SpaltG sind schon derzeit rechtsformunabhängig gestaltet und können daher gleichermaßen auch bei Spaltungsvorgängen, die eine Austrian Limited betreffen, angewendet werden. Legistisch betrachtet ist nur in jenen Regelungen des Spaltungsgesetzes, wo ausdrücklich auf die Rechtsform der Aktiengesellschaft oder der Gesellschaft mit beschränkter Haftung Bezug genommen wird, der entsprechende Terminus um die Austrian Limited zu erweitern. Wo auf den Vorstand einer Aktiengesellschaft oder auf die Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung

---

<sup>404</sup> § 1 Abs 3 SpaltG.

Bezug genommen wird, müsste vom „Vertretungsorgan der Austrian Limited“ gesprochen werden. In Hinblick darauf, dass das Vermögen der bestehenden Kapitalgesellschaft (Austrian Limited) durch den Spaltungsvorgang verringert wird, scheint hier die Beibehaltung der im SpaltG vorgesehenen Restvermögensprüfung und Gründungsprüfung sachgerecht, auch wenn sonst für die Gründung einer Austrian Limited eine Gründungsprüfung nicht obligatorisch sein sollte.

Durch die Abspaltung zur Aufnahme könnte eine Austrian Limited „Vermögen“ auf eine GmbH oder Aktiengesellschaft rechtsformübergreifend abspalten.

### 5.17.3 Grenzüberschreitende Abspaltung?

Nach der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. 11.2019<sup>405</sup> zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1232 in Bezug auf grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen ("**Mobilitäts-RL**") sind die Mitgliedstaaten der EU verpflichtet, bis 31.1.2023 im nationalen Recht unter anderem die grenzüberschreitende Spaltung von Aktiengesellschaften und GmbH zuzulassen und zu regeln. Österreich hat diese Richtlinie derzeit noch nicht umgesetzt.

Nach derzeitiger Rechtslage muss eine Austrian Limited, wenn sie eine grenzüberschreitende Spaltung vornehmen will, zunächst innerhalb Österreichs eine Spaltung vornehmen und in einem nächsten Schritt eine grenzüberschreitende Sitzverlegung oder Verschmelzung ins Ausland durchführen.

## 5.18 Achtzehnter Abschnitt: Umwandlung auf den Haupt- oder Alleingesellschafter nach dem UmwG

### 5.18.1 Allgemeines

Das UmwG, das durch das EU-GesRÄG 1996 neu gefasst wurde, kennt zwei Arten der Umwandlung von Kapitalgesellschaften:

- Die Umwandlung auf den Haupt- oder Alleingesellschafter, der mit mindestens 90 % des Kapitals an der Kapitalgesellschaft beteiligt ist; und
- die Umwandlung unter gleichzeitiger Errichtung einer Personengesellschaft.

---

<sup>405</sup> RL (EU) 2019/2121, ABI L 321; Berichtigung ABI L 20 vom 24.1.2020.

Diese beiden Arten der Umwandlung lassen demnach die Vereinigung des Vermögens der Kapitalgesellschaft mit jenem ihres Haupt- oder Alleingeschafters zu, ohne dass es einer Liquidation (mit Gläubigeraufruf usw) bedarf. Einschränkungen gelten diesbezüglich allerdings, wenn die Umwandlung auf eine Aktiengesellschaft, eine GmbH oder sonst eine Kapitalgesellschaft im Sinne des § 1 Abs 2 EU-Verschmelzungsgesetzes mit Sitz in einem Mitgliedstaat erfolgen soll; denn für diesen Vorgang stehen ausschließlich das Verschmelzungsrecht und das grenzüberschreitende Verschmelzungsrecht zur Verfügung.

Durch die Umwandlung auf den Hauptgeschafter oder durch die errichtende Umwandlung kann eine Geschafterminderheit von bis zu 10 % des Nennkapitals zum Ausscheiden aus der Gesellschaft gezwungen werden; der Geschafterminderheit steht dann ein Barabfindungsanspruch zu.

Die zweite Art der Umwandlung ist die „errichtende Umwandlung“, bei der anstelle der umgewandelten Kapitalgesellschaft gleichzeitig eine Personengesellschaft – nämlich eine OG oder KG – errichtet wird; zulässig ist es auch, durch Hinzutritt einer neuen Komplementär-GmbH<sup>406</sup> oder Komplementär-AG eine in ihrer Wirkung genauso haftungsbeschränkende GmbH & Co KG oder AG & Co KG als „verdeckte Kapitalgesellschaft“ zu errichten. Meist hat dies dann steuerliche Gründe; der Umwandlungsvorgang ist auch in steuerlicher Hinsicht durch Artikel II UmgrStG begünstigt.

Die Umwandlung ist – ebenso wie die Verschmelzung und Spaltung – mit Gesamtrechtsnachfolge verbunden.

Die Regelungen des Umwandlungsgesetzes geben den Kapitalgesellschaften daher Flexibilität für die Gestaltung und Umgestaltung ihrer Rechtsform.

Diese in der Rechtsordnung derzeit vorgesehenen Möglichkeiten können und sollten nach Auffassung der Gutachter in Zukunft auch auf die Austrian Limited Anwendung finden.

### **5.18.2 Anwendung des UmwG auf die Austrian Limited**

Die einleitende Gesetzesbestimmung (§ 1 UmwG) spricht selbst davon, dass „Kapitalgesellschaften nach Maßgabe des UmwG“ unter Ausschluss der Abwicklung und im Wege der Gesamtrechtsnachfolge umgewandelt werden können.

---

<sup>406</sup> oder naturgemäß Komplementär-AG oder Komplementär-Austrian Limited.

Soweit in den folgenden gesetzlichen Bestimmungen auf das Verschmelzungsrecht für Aktiengesellschaften und GmbH Bezug genommen wird, sind diese Vorschriften sinngemäß durch das für die Austrian Limited anwendbare Verschmelzungsrecht zu ergänzen<sup>407</sup>.

### **5.18.3 Grenzüberschreitende Umwandlung**

Nach der Mobilitäts-RL sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, bis 31.1.2023 im nationalen Recht unter anderem die Umwandlung der Rechtsform einer Aktiengesellschaft oder GmbH in das nationale Recht eines anderen Mitgliedstaates zuzulassen und zu regeln. Österreich hat diese Richtlinie derzeit noch nicht umgesetzt.

Will demnach eine Austrian Limited derzeit ihre Rechtsform in jene eines anderen Mitgliedstaates ändern, müsste sie – sofern nicht die Umwandlung vom EuGH auf Basis der EU-rechtlichen Grundfreiheiten für zulässig angesehen wird – gleichzeitig auch ihren Sitz ins EU-Ausland verlegen. Dies wäre in zwei Schritten möglich, nämlich durch grenzüberschreitende Sitzverlegung und sodann durch Umwandlung ihrer Rechtsform nach dem dortigen (ausländischen) Recht.

### **5.18.4 Grenzüberschreitende Sitzverlegung**

Nach der Rechtsprechung des EuGH ist die grenzüberschreitende Sitzverlegung von Kapitalgesellschaften grundsätzlich zulässig<sup>408</sup>.

Inzwischen haben der Rat und das Europäische Parlament die Mobilitäts-RL<sup>409</sup> erlassen. Mit der Mobilitäts-RL werden die Mitgliedstaaten verpflichtet, bis 31.1.2023 in ihrem nationalen Recht die grenzüberschreitende Umwandlung, Spaltung und Sitzverlegung zuzulassen<sup>410</sup>.

Vor Erlassung der diesbezüglichen Ausführungsgesetzgebung in den einzelnen Mitgliedstaaten wird aber die grenzüberschreitende Sitzverlegung im Sinne der EuGH-Rechtsprechung gleichfalls zulässig sein, wenngleich sie in der praktischen Durchführung bei den Registergerichten der einzelnen Staaten auf Schwierigkeiten stoßen kann.

---

<sup>407</sup> siehe insbesondere § 2 Abs 3 UmwG.

<sup>408</sup> EuGH 25.10.2017, C 106/16 – *Polbud ecolx* 2018, 255 (krit *Planitzer*); *Zimmermann*, Anything Goes? - Neue EuGH-Rechtsprechung zur Rechtsformwahl durch Sitzverlegung, *ecolx* 2018, 250 ff.

<sup>409</sup> ABI L 321/1.

<sup>410</sup> Die grenzüberschreitende Verschmelzung von GmbH ist bereits zugelassen; insofern soll auch die grenzüberschreitende Verschmelzung für andere Rechtsformen ermöglicht werden.

## 5.19 Neunzehnter Abschnitt: Die Austrian Limited und die Regelungen im UGB

### 5.19.1 Allgemeines

Die folgenden Ausführungen haben zum Ziel abzuklären, inwieweit die Regelungen im Unternehmensgesetzbuch (UGB), insbesondere betreffend die Firma (§§ 17 bis 35), über die Prokura und Handlungsvollmacht (§§ 48 ff), betreffend die „Unternehmen von öffentlichem Interesse“ (§ 189a), die Führung der Geschäftsbücher und Bilanzierung (Rechnungslegungsvorschriften gemäß §§ 190 bis 243), der Konzernabschluss (§§ 244 bis 267c), die Prüfung, Offenlegung, Veröffentlichung des Jahres- und Konzernabschlusses sowie die Zwangsstrafen (§§ 268 bis 285 UGB) auf die Austrian Limited Anwendung finden bzw Anwendung finden sollen.

Die genannten Vorschriften finden allesamt auf Aktiengesellschaften und GmbHs Anwendung und es ist kein Grund ersichtlich, diese nicht auch auf die neu einzuführende Rechtsform der Austrian Limited anwendbar zu erklären.

In Bezug auf die **Firma** der Austrian Limited müssen zur Wahrung der Rechtseinheit naturgemäß auch die im UGB enthaltenen Vorschriften der §§ 17 ff, wie insbesondere über die Eignung zur Kennzeichnung, zur Unterscheidungskraft (§ 18 UGB) und Unterscheidbarkeit (§ 28 UGB) für anwendbar erklärt werden. Das Irreführungsverbot als Ausdruck des Prinzips der Firmenwahrheit<sup>411</sup> ist zu beachten. Diesbezüglich werden nach unserer Prognose bei der Gesellschaftsgründung häufig Schwierigkeiten auftreten, weil die in anderen Ländern geübte Praxis der Bildung einer Firma wesentlich großzügiger ist als in Österreich.

Als Kapitalgesellschaft (eingetragener Unternehmer kraft Rechtsform) kann die Austrian Limited Prokura und Handlungsvollmacht erteilen (§§ 48 ff UGB).

Die Begriffsbestimmungen in § 189a UGB stellen entweder auf „Kapitalgesellschaften“ oder auf „Unternehmen“ ab und treffen daher auf die Austrian Limited als Kapitalgesellschaft und Unternehmer kraft Rechtsform zu.

Zu den Rechnungslegungsvorschriften: Diese sollten unseres Erachtens auf die Austrian Limited im gleichen Maße wie für GmbHs anwendbar sein. Soweit die Austrian Limited in

---

<sup>411</sup> Jennewein in U. Torggler, UGB<sup>3</sup> § 18 Rz 12 ff mwN.

vielen Fällen zunächst eine „kleine“ oder „Kleinstkapitalgesellschaft“ ist und sie mit möglichst geringer Kostenbelastung versehen werden soll, steht dies der Anwendung der genannten Vorschriften des UGB nicht entgegen: Denn wenn es sich um eine kleine Kapitalgesellschaft (§ 221 Abs 1 UGB) oder um eine Kleinstkapitalgesellschaft (§ 221 Abs 1a UGB) handelt, gelten ohnedies einige Erleichterungen, wie zum Beispiel, dass eine Jahresabschlussprüfung grundsätzlich nicht obligatorisch ist<sup>412</sup>. Auch in Bezug auf den Anhang zum Jahresabschluss bestehen Erleichterungen (§ 242 Abs 1 UGB). Auch der Inhalt des Anhangs kann weniger ausführlich gestaltet werden als bei mittelgroßen und großen Gesellschaften (vgl §§ 239 und 240 UGB). Die nach Art und Größenklasse der Kapitalgesellschaften differenzierenden Vorschriften über die Rechnungslegung, Pflichtprüfung und Offenlegung sind aber ein für den Gläubigerschutz unverzichtbares Element, das unseres Erachtens – ungeachtet allen Bemühens um Kosteneinsparung – auch bei der neuen Rechtsform der Austrian Limited nicht entfallen darf. Das gilt naturgemäß auch für jene Vorschriften, die zum Ziel haben, die Einhaltung der vorher genannten Vorschriften über die Erstellung des Jahres- und Konzernabschlusses, dessen Prüfung und Offenlegung zu gewährleisten, nämlich die – nach Größenklassen abgestuften – Zwangsstrafen gemäß §§ 283 ff UGB, mögen sie auch als rigide empfunden werden.

---

<sup>412</sup> Sofern nicht kleine oder Kleinstgesellschaften aufgrund gesetzlicher Vorschriften einen Aufsichtsrat haben müssen; § 268 Abs 1 UGB.

## 6 Firmenbuchrechtliche Aspekte

### 6.1 Eintragung der Austrian Limited in das Firmenbuch

Im Sinne der Förderung des Rechtsverkehrs sollte die Austrian Limited als solche im Firmenbuch ersichtlich sein, also im Firmenbuch eingetragen werden, und zwar in deutscher Sprache (englisch- oder fremdsprachige Firmenwortlaute sind – wie schon bisher – kein Hindernis). Dies bietet dem Rechtsverkehr (Geschäftspartner, Finanzamt und sonstigen Behörden und allen Stakeholders) die Möglichkeit, auf einfache Weise festzustellen, mit wem sie es zu tun haben und welche Rechtsverhältnisse bestehen. Die Führung des elektronischen Firmenbuchs, das dem Interessierten Auskunft über die Firma, den Sitz der Gesellschaft, deren Geschäftsadresse, eventuell (auf freiwilliger Basis) den Unternehmensgegenstand, das Nennkapital, den Stichtag für den Jahresabschluss und dessen Einreichung und die Vertretungsverhältnisse (Geschäftsführungsorgan, Prokuristen, eventuell Aufsichtsrats- oder Verwaltungsratsmitglieder) gibt, hat sich bewährt. Deshalb scheint es uns unumgänglich, dass auch die Austrian Limited mit den oben angeführten Angaben in das Firmenbuch eingetragen wird. Wenn es einen Alleingesellschafter gibt, so ist auch dieser im Firmenbuch einzutragen. Oben zu Punkt 5.1.1.d. haben wir bereits Gründe dargelegt, die für und gegen die Eintragung der Gesellschafter der Austrian Limited in das Firmenbuch sprechen. Tendenziell halten wir deren Eintragung im Firmenbuch für entbehrlich. Die Evidenzhaltung der jeweiligen Gesellschafter könnte auch durch deren Eintragung im Anteilsbuch durch die Geschäftsführer erfolgen.

### 6.2 Anmeldung bei der Gründung

Im Gründungsstadium muss die Austrian Limited zum Firmenbuch angemeldet werden. Ob die Anmeldung durch alle Geschäftsführer und die Gesellschafter zu erfolgen hat, wie dies der aktienrechtlichen Gründungsregelung entspricht, oder ob die Anmeldung allein durch sämtliche Geschäftsführer genügt, wie dies das GmbH-Gesetz vorsieht, ist zu diskutieren:

In der Praxis hat sich die aktienrechtliche Regelung als höchst schwerfällig, kostspielig, kompliziert und zeitaufwändig erwiesen: Denn wenn es eine Vielzahl von Aktionären gibt, gestaltet sich die Einholung der (beglaubigten) Unterfertigungen der Firmenbucheingabe als mühsam. Besonders kompliziert wird es, wenn die Unterschriften und die Nachweise der Vertretungsbefugnis von Personen im Ausland einzuholen sind, insbesondere wenn kein Beglaubigungsübereinkommen zwischen dem betreffenden Staat und der Republik

Österreich besteht, und wenn für ausländische Gesellschafter deren Existenz und Vertretungsbefugnisse der handelnden Personen durch Auszüge aus offiziellen fremdsprachigen Registern nachzuweisen sind.

Hier schlagen wir zur Vereinfachung des Gründungsvorganges Folgendes vor:

- **Formfreiheit:** Für sämtliche Urkunden, Erklärungen, Beschlussfassungen und Anmeldungen zum Firmenbuch ist bei der Austrian Limited eine schlichte Textform (in Anlehnung an die Textform im Sinne des § 13 Abs 2 AktG) ausreichend. Zulässig ist sowohl die Nachbildung der eigenhändigen Unterschrift auf mechanischem oder elektronischem Weg als auch die Verwendung einer „einfachen“ elektronischen Signatur mittels elektronischen Signaturprogrammen, die nicht den Anforderungen einer qualifizierten elektronischen Signatur im Sinne des SVG entspricht. Veröffentlichungen im Wiener Amtsblatt der Wiener Zeitung sind nicht erforderlich (siehe dazu Punkt 3.1.1).
- **Online-Gründung:** Die Gründung der Austrian Limited kann auch vollständig gemäß den Vorgaben der Digitalisierungs-RL online durchgeführt werden. Eine physische Anwesenheit der Gesellschafter ist nicht mehr erforderlich (siehe dazu Punkt 3.1.2).
- **Identitätsfeststellung:** Die Identitätsprüfung der Gründer und der Nachweis der Vertretungsbefugnis bei ausländischen juristischen Personen als Gesellschafter erfolgt durch die Kreditinstitute bei Einzahlung der Stammeinlagen oder durch „qualifizierte Personen“, wie Rechtsanwälte oder Notare. Stellen das Kreditinstitut oder „qualifizierte Personen“ eine Bestätigung über die Identität und gegebenenfalls die Vertretungsbefugnis der Gründer aus, hat das Firmenbuchgericht diesbezüglich keine eigene Prüfungscompetenz (siehe dazu Punkt 3.2).

### 6.3 Spätere Anmeldungen zum Firmenbuch

Im Laufe des „Lebens“ einer Austrian Limited sind verschiedene Arten von Anmeldungen zum Firmenbuch denkbar: etwa die Bestellung oder Abberufung von Geschäftsführern, die Änderung ihrer Vertretungsbefugnis, die Bestellung und Abberufung von Prokuristen, die Bestellung und Abberufung von Mitgliedern des Verwaltungsrats oder Aufsichtsrats, Änderungen des Gesellschaftsvertrags, insbesondere auch solche über Kapitalmaßnahmen, die Verschmelzung, Spaltung und Umwandlung oder die Liquidation der Gesellschaft. Die Frage, welche Form und welche Nachweise man für die Anmeldung dieser Vorgänge zum Firmenbuch verlangt, hat entscheidenden Einfluss darauf, ob sich die neue Rechtsform entweder als kompliziert oder entsprechend der Zielvorgaben des Regierungsprogramms 2020 - 2024 und dem Wunsch der Startup-Szene als nicht übertrieben formalistisch und daher praxisgerecht erweist.

Sicherlich fallen für die Frage der anzuwendenden Form und Formalitäten auch die Argumente der Rechtssicherheit und Rechtsrichtigkeit der Anmeldungen, die für eine Austrian Limited vorgenommen werden, ins Gewicht. Oder mit anderen Worten: Missbräuche sollen nicht unnötig erleichtert werden. Dazu ist Folgendes zu sagen: Auch bei Genossenschaften genügt für den Nachweis von Generalversammlungsbeschlüssen ein vom Vorsitzenden der Generalversammlung unterfertigtes Protokoll, ohne notarielle Beurkundung. In gleicher Weise genügt auch für den Nachweis des Inhalts einer Sitzung des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft – etwa wenn Vorstandsmitglieder bestellt oder abberufen werden – ein vom Vorsitzenden einfach (ohne Unterschriftsbeglaubigung) unterfertigtes Protokoll oder Auszug aus dem Protokoll, sodass auch in diesem Fall weder durch öffentliche Beurkundung nachgewiesen ist, ob die Sitzung des Aufsichtsrats überhaupt stattgefunden hat und ob der vom Vorsitzenden bestätigte Aufsichtsratsbeschluss mit diesem Inhalt überhaupt gefasst wurde; ja sogar seine Unterschrift könnte gefälscht sein.

Wie gezeigt ist also auch das derzeitige System, wie es zu Eintragungen im Firmenbuch kommen kann, weit entfernt davon, 100 %ig oder 99 %ig sicher zu sein. Insofern muss man bei der Austrian Limited „nicht päpstlicher als der Papst“ als bei anderen Rechtsformen sein. Man könnte sich für die Austrian Limited mit genau diesem System, wie es für Genossenschaften und Aktiengesellschaften gilt, begnügen und anfreunden. Auf diese Weise lässt sich jedenfalls die angestrebte Vereinfachung, Verkürzung der Dauer bis zur Eintragung in das Firmenbuch und Kostenersparnis erreichen.

Falls man vermehrt Missbräuche im Einzelfall befürchtet, könnte man zusätzlich Abhilfe etwa dadurch schaffen, dass auch dem abberufenen Geschäftsführer oder Aufsichtsratsmitglied, die im Firmenbuch gelöscht werden, sowie jedem Gesellschafter zumindest insoweit Rechtsmittellegitimation einräumt, als diese die Echtheit der Anmeldung, des Protokolls oder den Inhalt des (vermeintlich) gefassten und dem Firmenbuch vorgelegten Organbeschlusses bestreiten.

# 7 Das Register der wirtschaftlichen Eigentümer; Geldwäscherechtliche Aspekte

## 7.1 Allgemeines

Das Wirtschaftliche Eigentümer Registergesetz (WiEReG) verpflichtet – grob gesprochen – alle im Firmenbuch eingetragenen Gesellschaften (sowohl eingetragene Personen- als auch Kapitalgesellschaften), die Identität ihres wirtschaftlichen Eigentümers festzustellen und angemessene Maßnahmen zur Überprüfung seiner Identität zu ergreifen<sup>413</sup>. Die Eigentümer und die direkten sowie indirekten wirtschaftlichen Eigentümer von Rechtsträgern haben ihrerseits den Rechtsträgern alle für die Erfüllung ihrer Sorgfaltspflichten erforderliche Dokumente und Informationen zur Verfügung zu stellen<sup>414</sup>. Die Rechtsträger ihrerseits haben die näher definierten Angaben der direkten und indirekten wirtschaftlichen Eigentümer der Registerbehörde zu melden<sup>415</sup>.

Die Austrian Limited, die nach unserem Vorschlag als Kapitalgesellschaft in das Firmenbuch einzutragen ist, würde aufgrund der Definition des WiEReG unmittelbar unter dieses Gesetz fallen; gleichwohl scheint es sinnvoll, in § 1 Abs 2 WiEReG, der den Anwendungsbereich des Gesetzes regelt, in der Auflistung der erfassten Rechtsformen auch die Austrian Limited namentlich anzuführen, um hier, sobald die Austrian Limited Gesetz ist, die Aufzählung zu vervollständigen.

## 7.2 Befreiung von der Meldepflicht nach dem WiEReG?

Bekanntlich enthält das WiEReG Befreiungen von der Meldepflicht für Offene Gesellschaften (OG) und für Kommanditgesellschaften (KG), wenn alle Gesellschafter natürliche Personen sind. Die Registerbehörde übernimmt die Daten der Gesellschafter aus dem Firmenbuch. Das Gesetz stellt implizit die Vermutung auf, dass – falls weniger als vier Gesellschafter der eingetragenen Personengesellschaft im Firmenbuch eingetragen sind – diese als wirtschaftliche Eigentümer von der Registerbehörde zu übernehmen sind. Beträgt die Zahl der im Firmenbuch eingetragenen Gesellschafter vier oder mehr, so sind die im Firmenbuch eingetragenen geschäftsführenden Gesellschafter als wirtschaftliche

---

<sup>413</sup> Im Detail §§ 2 und 3 WiEReG.

<sup>414</sup> § 4 WiEReG.

<sup>415</sup> § 5 WiEReG.

Eigentümer zu übernehmen. Wenn eine andere natürliche Person wirtschaftlicher Eigentümer der eingetragenen Personengesellschaft ist, dann hat diese eine Meldung an die Registerbehörde vorzunehmen<sup>416</sup>.

Für die Rechtsform der GmbH besteht eine Befreiung von der Meldepflicht, wenn alle Gesellschafter natürliche Personen sind. In diesem Fall übernimmt die Registerbehörde jene Gesellschafter, die eine Beteiligung von mehr als 25 % des Kapitals halten, in das Register der wirtschaftlichen Eigentümer.

Für die Austrian Limited hängt die Frage, ob Registerdaten von der Registerbehörde direkt übernommen werden können, naturgemäß von der Vorfrage ab, ob die Gesellschafter der Austrian Limited in das Firmenbuch eingetragen werden oder nicht (siehe dazu schon zu Punkt 5.1.1.b, 5.1.7 und 6.1). In ersterem Fall könnte die Austrian Limited mit der GmbH, wie sie in § 6 Abs 2 WiEReG geregelt ist, gleichgestellt werden. In letzterem Fall – keine Eintragung der Gesellschafter der Austrian Limited in das Firmenbuch – würde die Regelung des § 5 WiEReG zur Anwendung kommen, dass der Rechtsträger, also die Austrian Limited, die direkten oder indirekten wirtschaftlichen Eigentümer der Registerbehörde zu melden hat.

### 7.3 Geldwäscherechtliche Aspekte

Bekanntlich hat Österreich aufgrund EU-rechtlicher Vorgaben durch die insgesamt fünf Geldwäsche-Richtlinien<sup>417</sup> zahlreiche Vorschriften zur Verhinderung der Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung erlassen. Die Vorschriften wurden laufend novelliert und verschärft<sup>418</sup>.

---

<sup>416</sup> § 6 Abs 1 WiEReG.

<sup>417</sup> 4. Geldwäsche-Richtlinie: Richtlinie (EU) 2015/849 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.5.2015 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung, zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 2005/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinie 2006/70/EG der Kommission; 5. Geldwäsche-Richtlinie: Richtlinie (EU) 2018/843 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30.5.2018 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2015/849 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung und zur Änderung der Richtlinien 2009/138/EG und 2013/36/EU.

<sup>418</sup> Zuletzt Geldwäsche Novelle 2020 BGBl I 65/2020, mit der die Gewerbeordnung 1994 geändert wurde.

Das Verbot der Geldwäscherei betrifft jedermann, also alle Unternehmen. Unternehmen bestimmter Sektoren werden jedoch speziell in die Pflicht genommen, wie etwa Kreditinstitute<sup>419</sup>, Finanzinstitute<sup>420</sup>, Wett- und Glückspielunternehmen, bestimmte Gewerbetreibende<sup>421</sup>, Edelmetall- und Edelsteinhändler, und im Rahmen ihres jeweiligen Berufsrechts Rechtsanwälte, Notare, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater sowie Bilanzbuchhalter.

Diese Vorschriften im Zusammenhang mit dem Verbot der Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung würden im Falle der Einführung der neuen Rechtsform der Austrian Limited auch diese und ihre Organe erfassen.

---

<sup>419</sup> §§ 40 ff, 78 Abs 8 und 95 Abs 1a BWG.

<sup>420</sup> Siehe §§ 4 ff Finanzmarkt-Geldwäsche-Gesetz.

<sup>421</sup> Siehe § 365m1 Abs 2 Z 2, 3 oder 4 GewO 1994.

## 8 Einordnung der Austrian Limited in das Zivilverfahrens- und Außerstreitrecht

### 8.1 Parteifähigkeit

Nach unserer Empfehlung (s oben Punkt 5.1) soll die Austrian Limited mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattet werden, wie es auch bei der GmbH, der Aktiengesellschaft, der SE und bei den eingetragenen Personengesellschaften der Fall ist. Als eigener Rechtsträger ist die Austrian Limited dann auch parteifähig.<sup>422</sup> Die Parteifähigkeit dauert solange an, als die Austrian Limited im Firmenbuch eingetragen ist; analog zur Rechtsprechung bei Kapitalgesellschaften bleibt auch eine im Firmenbuch gelöschte Kapitalgesellschaft parteifähig, solange sie noch Vermögen besitzt.<sup>423</sup>

### 8.2 Prozessfähigkeit

Juristische Personen sind prozessunfähig.<sup>424</sup> Zur Herstellung der Prozessfähigkeit muss bei juristischen Personen – demnach auch bei der Austrian Limited – ein Organ, das zur Vertretung nach außen befugt ist (Geschäftsführer, eventuell Verwaltungsrat), vorhanden sein.<sup>425</sup> Die betreffenden Personen müssen selbst prozessfähig sein.<sup>426</sup> Gegebenenfalls ist bei Fehlen eines vertretungsbefugten Geschäftsführers, Verwaltungs- oder Aufsichtsrats<sup>427</sup> – insbesondere auch, falls dieser selbst Prozessgegner der Austrian Limited ist – ein Prozesskurator (§ 8 ZPO) oder ein Notgeschäftsführer durch das Gericht zu bestellen, oder – in Anfechtungs- oder Nichtigkeitsfeststellungsprozessen – durch Gesellschafterbeschluss ein Prozessvertreter für die Gesellschaft zu bestellen<sup>428</sup>.

### 8.3 Stellung des geschäftsführenden Organs

Das geschäftsführungsbefugte Organ (Geschäftsführer, Verwaltungsrat) ist im Zivilprozess als gesetzlicher Vertreter der Austrian Limited einzustufen (§ 4 ZPO); die Organmitglieder sind im Zivilprozess nicht als Zeugen, sondern als Partei einzuvernehmen.

---

<sup>422</sup> *Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts<sup>9</sup> (2017) Rz 362.

<sup>423</sup> *Klauser-Kodek*, ZPO<sup>16</sup>, § 1 E.53; *Artmann/Karollus* in *Artmann/Karollus*, AktG<sup>6</sup> § 1 Rz 32 ff; *Koppensteiner* in *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz<sup>3</sup> § 93 Rz 9; *Nunner-Krautgasser* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> Vor § 1 ZPO Rz 37.

<sup>424</sup> *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht<sup>9</sup> Rz 368.

<sup>425</sup> *Nunner-Krautgasser* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze<sup>3</sup> § 1 ZPO Rz 12; s auch *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht<sup>9</sup> Rz 368.

<sup>426</sup> *Nunner-Krautgasser* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze<sup>3</sup> § 1 Rz 12.

<sup>427</sup> § 42 Abs 1 GmbHG; § 197 Abs 2 S 2 AktG.

<sup>428</sup> OGH 6 Ob 125/99x ÖJZ 2000, 609; 6 Ob 79/11b GES 2011, 341.

Für das Zivilverfahren ergeben sich demnach, wenn man die Austrian Limited mit einer GmbH, AG oder SE vergleicht, keine Besonderheiten.

#### 8.4 Schiedsgericht für Streitigkeiten aus dem Gesellschaftsverhältnis

Fraglich ist, inwieweit im Gesellschaftsvertrag/in der Errichtungserklärung ein Schiedsgericht für alle Streitigkeiten aus dem Gesellschaftsverhältnis vereinbart werden kann. Die Zuständigkeit des Schiedsgerichts könnte für Klagen einzelner Gesellschafter gegen die Gesellschaft auf Anfechtung/Nichtigerklärung oder Feststellung der Nichtigkeit von Gesellschafterbeschlüssen, einschließlich positiver Beschlussfeststellungs- und Zustimmungsklage, sowie für Streitigkeiten unter den Gesellschaftern vereinbart werden.<sup>429</sup> Grundsätzlich sind Schiedsklauseln in Gesellschaftsverträgen und Statuten juristischer Personen zulässig und verbreitet.

Unklar ist derzeit, ob sich aus den gesetzlichen Sonderbestimmungen für Konsumenten (§ 617 ZPO) und der weitgehenden Unzulässigkeit von Schiedsverfahren in Arbeitsrechtsachen (§ 618 ZPO) Einschränkungen für die Schiedsgerichtsbarkeit im Bereich des Gesellschaftsrechts ergeben.<sup>430</sup> Eine Klärung durch den Gesetzgeber ist wünschenswert und bereits mehrfach von der Schiedsrechts-Szene gefordert worden. Dazu kommt, dass nach der gesetzlichen Anordnung des § 1 Abs 3 KSchG in Übereinstimmung mit § 343 Abs 3 UGB ausdrücklich angeordnet wird, dass Vorbereitungsgeschäfte – das sind Geschäfte, die vor Aufnahme des Betriebes des Unternehmens zur Schaffung der Voraussetzungen dafür getätigt werden – für natürliche Personen nicht zum Betrieb des Unternehmens

---

<sup>429</sup> *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze<sup>3</sup> § 581 Rz 306 ff; *Unzeitig*, Schiedsklauseln und GmbH-Gesellschaftsvertrag, *ecolex* 2008, 915; *J. Reich-Rohrwig*, Tücken gesellschaftsvertraglicher Schiedsklauseln, in FS H. Torggler (2013) 985 ff; *Auer*, Schiedsvereinbarungen bei der GmbH im Licht des SchiedsRÄG 2005, in *Kalss/Rüffler*, Satzungsgestaltung 123; *Bayer*, Schiedsfähigkeit von GmbH-Streitigkeiten, ZIP 2003, 881; *Reiner*, Schiedsverfahren und Gesellschaftsrecht, *GesRZ* 2007, 151; *Trenker/Demetz*, Schiedsfähigkeit von Beschlussmängelstreitigkeiten in der GmbH, *wbl* 2013, 1.

<sup>430</sup> *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze<sup>3</sup> § 617 Rz 19 ff; *J. Reich-Rohrwig/Landsteiner*, Schiedsvereinbarungen mit einem als Arbeitnehmer oder Verbraucher zu qualifizierenden GmbH-Geschäftsführer, *ecolex* 2008, 740 ff; *Schima/Eichmeyer*, Zur (Un-)Zulässigkeit von Schiedsklauseln in Geschäftsführer- und Vorstandsdienstverträgen nach dem SchiedsRÄG 2006, *RdW* 2008, 723 ff; *Nueber*, Schiedsvereinbarungen mit Verbrauchern im GmbH-Recht, *Zak* 2017, 70; *Nueber*, Der Gesellschafter als Verbraucher – zugleich eine Besprechung von OGH 6 Ob 42/12p, *Aufsichtsrat Aktuell* 2012, 20; *Öhlberger/Zurr*, (Nicht-) Anwendung schiedsrechtlicher Verbraucherschutznormen im ausländischem Schiedsverfahren, *Bemerkungen zu OGH 3 Ob 144/09m*, *ÖJZ* 2010, 188; *Rüssmann*, Schiedsvereinbarungen mit Unternehmensvorständen und -geschäftsführern im Lichte des Europarechts in FS Stein (2015) 823; *Schifferl/Kraus*, § 617 ZPO und Schiedsklauseln in Gesellschaftsverträgen, *GesRZ* 2011, 341; *Stippl/Steinhofer*, Kein Verbraucherschutz für Gesellschafter im Schiedsrecht, *ecolex* 2011, 816; *Weihe*, Der Schutz der Verbraucher im Recht der Schiedsgerichtsbarkeit (2005); *Zeiler/Liebscher*, Der OGH und § 617 ZPO, *ecolex* 2014, 425; *S.-F. Kraus*, Korrespondenz zu „Gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten im Schiedsverfahren (OGH 16.12.2013, 6 Ob 43/13m)“, *JBl* 2014, 608; vgl OGH 6 Ob 43/13m *ecolex* 2014, 431; 6 Ob 14/18d *ecolex* 2018, 839.

gehören und daher keine Unternehmereigenschaft begründen. Wenn demnach einerseits natürliche Personen, die nicht Unternehmer sind, und Unternehmer (insbesondere Kapitalgesellschaften) andererseits im Gesellschaftsvertrag oder in der Errichtungserklärung der Austrian Limited eine Schiedsvereinbarung treffen, müssten die extrem einschränkenden Voraussetzungen des § 617 ZPO eingehalten werden, sofern man nicht davon ausgeht, dass der Abschluss eines Gesellschaftsvertrags gar nicht in den Anwendungsbereich des KSchG und des § 343 Abs 3 UGB fällt.<sup>431</sup>

## 8.5 Verfahren vor dem Firmenbuchgericht; Außerstreitverfahren

Bekanntlich findet auf das Verfahren vor dem Firmenbuchgericht das Außerstreitgesetz Anwendung. Gleiches gilt für nicht-streitige Angelegenheiten (vgl § 102 GmbHG; § 14 AktG). Die Amtssprache in diesen Verfahren ist gemäß Art 8 B-VG Deutsch. Davon abweichend soll laut dem Regierungsprogramm 2020 - 2024 für die neue Rechtsform auch Englisch als Amtssprache etabliert werden.<sup>432</sup>

Ob dementsprechend Englisch als Amtssprache für die Austrian Limited generell zugelassen werden kann – vor allem für sämtliche Eingaben gegenüber dem Gericht, Entscheidungen des Gerichts und Rechtsmittel gegen Gerichtsentscheidungen – müssen wir hier offen lassen. Möglicherweise setzt diese Zielvorgabe eine Änderung des B-VG und somit eine verfassungsändernde Mehrheit im Österreichischen Nationalrat voraus.

Im Sinne der Digitalisierungs-RL, die innerstaatlich bis zum 1.8.2021 umzusetzen ist, scheint es uns aber durchaus zeitgemäß, wenigstens die Eingaben zur Gründung der Austrian Limited und die laufenden Eingaben (wie zum Beispiel Einreichung des Jahresabschlusses; Änderung des Gesellschaftsvertrags; Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern, allenfalls auch Aufsichtsratsmitglieder; Eintragung von Verschmelzung, Spaltung, Umwandlung, Liquidation usw.) auf Englisch zuzulassen. Denn die Digitalisierungs-RL verlangt nicht nur, dass die Mitgliedstaaten Muster zur Information zumindest in einer Amtssprache der Union zur Verfügung stellen, die von einer möglichst großen Zahl grenzüberschreitender Nutzer weitgehend verstanden werden, sondern betont, dass es Mitgliedstaaten auch ermöglichen können, eine Gesellschaft anhand von Mustern, die in solchen anderen Sprachen abgefasst sind, zu gründen (s Artikel 13h). Solche Mustereingaben (Masken für Firmenbucheingaben) können zudem, wenn sie vom Ge-

---

<sup>431</sup> Vgl dazu *S.-F. Kraus*, Korrespondenz zu „Gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten im Schiedsverfahren (OGH 16.12.2013, 6 Ob 43/13m)“, JBl 2014, 608.

<sup>432</sup> Aus Verantwortung für Österreich, Regierungsprogramm 2020 - 2024, Seite 89 (abrufbar unter <https://www.bundeskanzleramt.gv.at/bundeskanzleramt/die-bundesregierung/regierungsdocumente.html>).

setzgeber oder vom Justizministerium zweisprachig (Deutsch/Englisch) zur Verfügung gestellt werden, den mit den Firmenbuchangelegenheiten befassten Richtern und Rechtspfliegern die Arbeit wesentlich erleichtern.

# 9 Einordnung der Austrian Limited in das Exekutions- und Insolvenzrecht

## 9.1 Exekutionsrecht

### 9.1.1 Die Austrian Limited als betreibende oder verpflichtete Partei

Aufgrund ihrer eigenen Rechtspersönlichkeit kann die Austrian Limited als anspruchsberechtigte Partei<sup>433</sup> (betreibender Gläubiger) aufgrund eines Exekutionstitels Exekution gegen Dritte (verpflichtete Parteien) führen (§§ 1 und 3 EO).

Umgekehrt kann die Austrian Limited aufgrund ihrer eigenen Rechtspersönlichkeit „Verpflichteter“ im Sinne der Exekutionsordnung sein, gegen den Dritte aufgrund eines Exekutionstitels Exekution führen können (§§ 4 ff EO).

Für die Exekutionsführung durch die oder gegen die Austrian Limited ergeben sich keine Besonderheiten im Vergleich zur Rechtslage, wenn eine GmbH, eine AG oder eine SE betreibender Gläubiger oder verpflichtete Partei ist.

### 9.1.2 Exekution auf Gesellschaftsanteile

Gesellschaftsanteile als (unkörperliche) Vermögensobjekte, die einem Gesellschafter gehören, sind Objekte, auf die Gläubiger Exekution führen können. Dasselbe gilt für die Pfändung von Forderungen der Gesellschaft gegen ihre Gesellschafter auf Einzahlung ausstehender Einlagen.

### 9.1.3 Einstweilige Verfügungen

Im Zusammenhang mit gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten über Anfechtungs- und Nichtigkeitsfeststellungsklagen kann es zur Erlassung einstweiliger Verfügungen kommen, für die – genauso wie für GmbH, AG oder SE – insbesondere die §§ 381 ff EO, jedoch mit den von uns oben zu Punkt 5.3.5 vorgeschlagenen Modifikationen gelten sollten. Dementsprechend kann die Wirksamkeit angefochtener Gesellschafterbeschlüsse durch das Gericht aufgeschoben oder dem Geschäftsführungsorgan die Ausführung untersagt werden<sup>434</sup>. Zudem lässt die ZPO die Erlassung einstweiliger Verfügungen auch durch das Schiedsgericht zu.

---

<sup>433</sup> Zur Parteifähigkeit *Jakusch* in *Angst/Oberhammer*, EO3, § 7 Rz 24.

<sup>434</sup> Jüngst OGH 6 Ob 119/19x RdW 2019, 836.

Auch für Streitigkeiten innerhalb des Geschäftsführungsorgans oder zwischen verschiedenen Organen oder Gesellschaftern der Austrian Limited müssen einstweilige Verfügungen zulässig sein.

## 9.2 Insolvenzrecht

### 9.2.1 Die Austrian Limited als Schuldner im Insolvenzverfahren

Aufgrund ihrer eigenen Rechtspersönlichkeit kann die Austrian Limited Schuldner und in dieser Eigenschaft Partei eines Insolvenzverfahrens (Sanierungs- und Konkursverfahrens) sein, auf welches die Vorschriften der Insolvenzordnung (IO) Anwendung finden. Neben dem Insolvenzgrund der Zahlungsunfähigkeit kommt bei der Austrian Limited als juristische Person auch der Insolvenzgrund der Überschuldung in Betracht (§§ 66 und 67 IO). Der Begriff der Überschuldung wurde durch die neuere ständige Judikatur dahingehend interpretiert, dass neben der rechnerischen Überschuldung auch eine Fortbestehensprognose zu erstellen ist; fällt diese mit überwiegender Wahrscheinlichkeit positiv aus, so entfällt die Insolvenzanmeldeverpflichtung wegen Überschuldung vorläufig, solange die positive Fortbestandsprognose besteht und nicht Zahlungsunfähigkeit eintritt<sup>435</sup>. Sanierungsbemühungen sind, wenn sie sorgfältig betrieben werden, grundsätzlich innerhalb der in § 69 IO genannten Fristen zulässig.

Bei der Austrian Limited trifft die Insolvenzanmeldeverpflichtung die organschaftlichen Vertreter, also die Geschäftsführer oder – falls ein Verwaltungsrat besteht – die Mitglieder des Verwaltungsrats (§ 69 Abs 3 IO)<sup>436</sup>.

Die Arbeitnehmervertreter im Verwaltungsrat sollte der Gesetzgeber explizit von der Pflicht, aber auch vom Recht, Insolvenz für die Gesellschaft anzumelden, ausnehmen.

---

<sup>435</sup> RIS-Justiz RS0064962; OGH 7 Ob 565/84 RdW 1985, 44; 1 Ob 655/86 RdW 1987, 126; 3 Ob 520/86 RdW 1988, 44; 1 Ob 144/01k ZIK 2002, 92; 6 Ob 19/15k ZIK 2015, 144. Zur „überwiegenden Wahrscheinlichkeit“ vgl. *Oberguggenberger/Schumacher*, RdW 2008, 148/187; *Birgmayr-Baier/Piringer/Schützinger*, ZIK 2016 173 und *J. Reich-Rohrwig in Artmann/Karollus*, AktG<sup>6</sup> § 84 Rz 655 ff.

<sup>436</sup> Zur Haftung der Geschäftsführer bei schuldhafter Herbeiführung oder Verschleppung der Insolvenz siehe OGH 6 Ob 159/69 SZ 42/104; 5 Ob 38/72 SZ 45/46; 1 Ob 545/80 GesRZ 1981, 111 f u.v.a.; *J. Reich-Rohrwig in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 25 Rz 307 ff, *J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer in Artmann/Karollus*, AktG<sup>6</sup> § 84 Rz 735 ff mwN; zur Haftung für nicht entrichtete Abgaben siehe zu den Punkten 14.5 und 14.6.

## 9.2.2 Zur Leistung des Insolvenz-Kostenvorschusses

Fehlt es bei der Austrian Limited als juristischen Person zunächst an einem kostendeckenden Vermögen, so ist das Insolvenzverfahren auch dann zu eröffnen, wenn die organschaftlichen Vertreter einen Kostenvorschuss erlegen oder wenn feststeht, dass die organschaftlichen Vertreter über Vermögen verfügen, das zur Deckung ausreicht; diesfalls sind die organschaftlichen Vertreter zur Leistung eines Kostenvorschusses für die Anlaufkosten des Insolvenzverfahrens, höchstens jedoch zur Bezahlung von € 4.000,- zur ungeteilten Hand verpflichtet (§ 72a Abs 1). Gleiches gilt für organschaftliche Vertreter, die innerhalb der letzten drei Monate vor Einbringung des Insolvenzantrags bestellt waren (ausgenommen Notgeschäftsführer). Der organschaftliche Vertreter kann den von ihm als Kostenvorschuss geleisteten Betrag im Insolvenzverfahren als Masseforderung geltend machen (§ 72c IO).

Ist in der Gesellschaft ein Mehrheitsgesellschafter vorhanden, so ist auch dieser neben den organschaftlichen Vertretern (Geschäftsführern, Mitgliedern des Verwaltungsrats) zur Leistung eines Kostenvorschusses verpflichtet (§ 72d IO).

## 9.2.3 Insolvenzantrag, Antrag auf Sanierungsplanverfahren

Der Austrian Limited steht – wie jedem Schuldner – die Möglichkeit offen, die Annahme eines Sanierungsplans<sup>437</sup>, mit oder ohne Eigenverwaltung<sup>438</sup> zu beantragen.

Die Rechtsstellung der Austrian Limited im Insolvenzverfahren wird nicht anders zu beurteilen sein als jene der GmbH, AG und SE. Eine Änderungsnotwendigkeit für die Insolvenzordnung durch Einführung der neuen Rechtsform der Austrian Limited ist nicht ersichtlich.

---

<sup>437</sup> §§ 62, 114c und 140 ff, § 158, § 166 ff IO.

<sup>438</sup> § 167 und § 169 IO.

## 10 Einordnung der Austrian Limited in das Eigenkapitalersatzgesetz (EKEG)

Nach § 4 EKEG unterliegen unter anderem Kapitalgesellschaften – somit auch die neue Austrian Limited – dem Eigenkapitalersatzgesetz, genauso wie dies schon bisher für GmbH, AG und SE mit Sitz in Österreich gilt. Nachfolgend einige überblicksartige Überlegungen in aller Kürze:

Wenn Gesellschafter Kredite an „ihre“ Kapitalgesellschaft – hier: an die Austrian Limited – gewähren, so unterliegen die Kreditgewährungen, wenn sie in der Krise erfolgen und die weiteren gesetzlichen Voraussetzungen zutreffen, dem Eigenkapitalersatzgesetz und der damit verbundenen Rückzahlungssperre (§ 14 EKEG). Eigenkapitalersetzende Forderungen des Gesellschafters werden in der Insolvenz der Gesellschaft so lange nicht als Insolvenzforderung berücksichtigt, solange nicht sämtliche Masse- und Insolvenzforderungen zu 100 % befriedigt werden können. Für Eigenkapital ersetzende Sicherheiten, die Gesellschafter der Kapitalgesellschaft gewährt haben, gilt eine wirtschaftlich entsprechende Regelung (§ 15 EKEG).

Im Einzelfall kann es schwierig sein, festzustellen, ob sich zum Zeitpunkt der Kreditgewährung die Austrian Limited bereits „in der Krise“ befand – dann ist das EKEG anwendbar – oder nicht.

Ist der kreditgewährende Gesellschafter Ausländer, kommt es nicht auf sein Heimatrecht (Personalstatut) als Kreditgeber an, da es sich bei den kollisionsrechtlichen Anknüpfungskriterien für das EKEG jedenfalls um zwingende Sonderanknüpfungen (Gesellschaftsstatut oder Insolvenzstatut) handelt. Deshalb ist auch die kollisionsrechtliche Einordnung des Kreditvertrages ohne Bedeutung<sup>439</sup>.

Die Austrian Limited lässt sich demnach in das bestehende Eigenkapitalersatzgesetz ohne weiteres einordnen und das EKEG bedarf anlässlich der Einführung der Austrian Limited keiner gesetzlichen Änderung oder Ergänzung.

Zweckmäßig wäre es, in dem neu zu schaffenden Gesetz über die Rechtsform der Austrian Limited dieser nicht nur eigene Rechtspersönlichkeit zuzuerkennen, sondern auch zu erwähnen, dass es sich um eine „Kapitalgesellschaft“ im Sinne des österreichischen Rechts handelt. Auf diese Weise lassen sich allfällige Subsumtionsschwierigkeiten von Vornherein vermeiden.

---

<sup>439</sup> Karollus in Buchegger, Österreichisches Insolvenzrecht, 1. Zusatzband (2009) vor § 1 EKEG Rz 26.

# 11 Einordnung der Austrian Limited in das Unternehmensreorganisationsgesetz (URG)

## 11.1 Allgemeines

Das Unternehmensreorganisationsgesetz (URG) bezieht sich auf Unternehmen, gleichgültig in welcher Rechtsform sie betrieben werden. Ziel des URG ist es, ein eigenes gerichtliches Verfahren, das der Unternehmensreorganisation dient, zur Verfügung zu stellen. Auf diese Weise soll dem gefährdeten Unternehmen, das Reorganisationsbedarf hat, ein Verfahren für nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen durchgeführte Maßnahmen zur Verbesserung seiner Vermögens-, Finanz- und Ertragslage, und dessen nachhaltige Weiterführung zur Verfügung gestellt werden. Das Verfahren sieht die Erstellung eines Reorganisationsplans und dessen Vorlage an den Reorganisationsprüfer vor.

Von den im URG enthaltenen Regelungen sind vor allem die Kriterien für die Vermutung von Reorganisationsbedarf, nämlich die Eigenmittelquote von weniger als 8 % und die fiktive Schuldentilgungsdauer von mehr als 15 Jahren (§§ 23 und 24 URG) sowie die Haftungsbestimmungen (§§ 22 ff URG) zu nennen.

## 11.2 Anwendbarkeit des URG auf die Austrian Limited

Das URG ist rechtsformneutral formuliert. In seinen Haftungsbestimmungen spricht es von der Haftung der Mitglieder des „vertretungsbefugten Organs“, die gegenüber der juristischen Person betragsbeschränkt haften können, falls sie die Einleitung des Reorganisationsverfahrens in vorwerfbarer Weise unterlassen hatten.

An anderer Stelle nimmt das Gesetz darauf Bezug, dass die gegebenenfalls notwendige Zustimmung des Aufsichtsrats oder der Gesellschafterversammlung vorenthalten oder dem Mitglied des vertretungsbefugten Organs eine „Weisung“ erteilt wurde, das Reorganisationsverfahren nicht einzuleiten (§ 25 URG). Auch diese Regelung knüpft an bekannte Rechtstermini (Aufsichtsrat, Gesellschafterversammlung, Weisung) an, sodass eine Anpassung des URG im Zusammenhang mit der Einführung der Austrian Limited unseres Erachtens nicht erforderlich ist. Eine Klarstellung könnte allerdings im Zusammenhang mit den Mitgliedern des Verwaltungsrats erfolgen.

# 12 Einordnung der Austrian Limited in das Arbeitsrecht

## 12.1 Individualarbeitsrecht

Als juristische Person kann die Austrian Limited Arbeitsverträge schließen und somit Arbeitgeber gegenüber Arbeitnehmern sein. Nicht die Geschäftsführer oder die Mitglieder des Verwaltungsrats der Austrian Limited, sondern die Austrian Limited selbst ist der Arbeitgeber<sup>440</sup>. Damit stehen der Austrian Limited alle Rechte zu und obliegen ihr alle Pflichten, die die Rechtsordnung dem Arbeitgeber zuschreibt.

Die rechtliche Behandlung der Austrian Limited im Bereich des Individualarbeitsrechts ist demnach nicht anders als bei den übrigen Kapitalgesellschaften (GmbH, AG, SE).

Allerdings ist noch eine Sonderkonstellation zu erörtern: Falls die Austrian Limited gesetzlich aufsichtsratspflichtig ist und sich stattdessen für die Einrichtung eines Verwaltungsrats entscheidet, kann die Konstellation eintreten, dass Arbeitnehmer als vom Betriebsrat entsandte Arbeitnehmervertreter dem Verwaltungsrat der Austrian Limited – also ihrem Vertretungsorgan – angehören. Auf diese Weise werden sie zugleich Organmitglied des Geschäftsführungs- und Vertretungsorgans der Austrian Limited. Dies bringt das Arbeitsverhältnis allerdings nicht zum Erlöschen, zumal entsandte Arbeitnehmervertreter den Verwaltungsrat als eines von mehreren Mitgliedern weder individuell beherrschen können noch vertretungsbefugt sind<sup>441</sup>.

## 12.2 Kollektivarbeitsrecht

### 12.2.1 Allgemeines

Das Arbeitsverfassungsgesetz (ArbVG) gilt grundsätzlich – abgesehen von den gesetzlichen Ausnahmen – für Arbeitsverhältnisse aller Art, die auf einem privatrechtlichen Vertrag beruhen. Es bezieht daher auch die Austrian Limited, soweit sie Arbeitgeber aus Arbeitsverhältnissen ist, in seinen Geltungsbereich ein. Austrian Limiteds sind daher den auf sie anwendbaren Kollektivverträgen unterworfen<sup>442</sup>. Insofern verhält es sich für Austrian

---

<sup>440</sup> So zur Arbeitgebereneigenschaft einer Kapitalgesellschaft: *Rebhahn* in *Neumayr-Reissner*, ZellKomm ArbR<sup>3</sup> § 1151 Rz 14 (mwN auch zur Judikatur des OGH des VwGH zur Vorgesellschaft).

<sup>441</sup> So der Vorschlag für die gesetzliche Regelung oben in Punkt 5.2.4.

<sup>442</sup> Zur Kollektivvertragsangehörigkeit siehe näher §§ 8 bis 13 ArbVG.

Limiteds nicht anders als für alle anderen Kapitalgesellschaften (GmbH, AG, SE) als Arbeitgeber.

### **12.2.2 Wenn Arbeitnehmervertreter dem Verwaltungsrat der Austrian Limited angehören**

Eine Besonderheit kann sich für die Austrian Limited ergeben, falls bei ihr ein Verwaltungsrat eingerichtet ist, dem entsandte Arbeitnehmervertreter angehören. Dann könnte es fraglich sein, ob die entsandten Arbeitnehmervertreter deshalb, weil ja der Verwaltungsrat grundsätzlich das zur gesetzlichen Vertretung der Austrian Limited berufene Organ ist, nunmehr gerade nicht als Arbeitnehmer im Sinne des „II. Teils des ArbVG“ gelten. Der Gesetzeswortlaut des § 36 ArbVG würde eine solche Interpretation nahelegen.

Unseres Erachtens ist aus dem Umstand, dass der Wortlaut des § 36 ArbVG, der noch aus der Urfassung des ArbVG<sup>443</sup> in der Fassung der Novelle 1979<sup>444</sup> stammt und noch nicht auf die Möglichkeit der Installierung eines Verwaltungsrats, wie dieser bei der SE und bei der Austrian Limited möglich ist, Bezug nimmt, teleologisch zu reduzieren: Denn bei Erlassung des Gesetzes hat der Gesetzgeber noch nicht an den Fall denken können, dass künftig in Österreich Rechtsformen von Kapitalgesellschaften eingeführt werden, bei denen Arbeitnehmervertreter auch dem „zur gesetzlichen Vertretung zuständigen Organ“, nämlich dem Verwaltungsrat, angehören würden.

Entsprechend der oben zu Punkt 5.2.4 vorgeschlagenen expliziten Regelung, dass die von Arbeitnehmerseite entsandten Mitglieder des Verwaltungsrats weder zur aktiven noch zur passiven Vertretung der Austrian Limited berechtigt sind, sollte auch gesetzlich klargestellt werden, dass auf die dem Verwaltungsrat angehörenden Arbeitnehmervertreter die in § 36 Abs 2 Z 1 ArbVG normierte Ausnahme von der Anwendbarkeit des II. Teils des ArbVG nicht zutrifft<sup>445</sup>.

Eine Novellierung des ArbVG, wonach dies in § 36 Abs 1 ArbVG klargestellt wird, ist unseres Erachtens empfehlenswert, zumal – wie im Folgenden noch zu zeigen sein wird – mit der Einführung der Rechtsform der Austrian Limited ohnehin auch eine weitere, wenngleich geringfügige Änderung des Gesetzeswortlauts in § 110 ArbVG zu erfolgen haben wird.

---

<sup>443</sup> BGBl 1974/22.

<sup>444</sup> BGBl 1979/47.

<sup>445</sup> *Windisch/Graetz* in *Neumayr-Reissner*, ZKomm ArbR<sup>2</sup> § 36 ArbVG Rz 12 nimmt in ihrer Kommentierung auf den Verwaltungsrat der SE und allenfalls entsandte Arbeitnehmervertreter nicht Bezug.

### 12.2.3 Arbeitnehmermitbestimmung im Aufsichtsrat und Verwaltungsrat

Bekanntlich regelt § 110 ArbVG die Mitwirkung von Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat. Die gesetzliche Regelung bezieht sich primär auf die Mitwirkung im Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft (Absätze 1 bis 4) und enthält auch Regelungen für Konzernverhältnisse (Absätze 6, 6a und 6b). Für die Entsendung von Arbeitnehmervertretern kann der Zentralbetriebsrat, der Betriebsrat oder der Konzernbetriebsrat zuständig sein.

Im Übrigen bedient sich das Gesetz einer Verweistechnik, indem § 110 Abs 5 ArbVG die zuvor angeführten Regelungen für Aktiengesellschaften auch für Gesellschaften mit beschränkter Haftung, für Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit, für Genossenschaften und für Sparkassen für sinngemäß anwendbar erklärt.

Die Europäische Gesellschaft wird in § 110 ArbVG nicht geregelt, weil ihr das ArbVG – wegen ihrer Internationalität – ein eigenes Kapitel (§§ 208 bis 253 ArbVG) widmet.

Für alle Fälle, in denen die Austrian Limited einen Aufsichts- oder Verwaltungsrat einrichtet, ist es angezeigt, § 110 ArbVG entsprechend in dem Sinne zu erweitern, dass die Austrian Limited in Absatz 5 explizit genannt und – im Sinne einer Gleichstellung mit einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung – mitgeregelt wird.

Ferner sollte der Umstand berücksichtigt werden, dass sich die Austrian Limited anstelle eines Aufsichtsrats für einen Verwaltungsrat entscheiden kann. Für diesen Fall sollte die Entsendung von Arbeitnehmervertretern in den Verwaltungsrat und die sinngemäße Anwendbarkeit der Vorschriften über die Drittelparität bei der Mitwirkung im Verwaltungsrat (analog zum Aufsichtsrat einer GmbH) geregelt werden.

Zugleich wird es auch notwendig sein, die Verordnung über die Entsendung von Arbeitnehmervertretern in den Aufsichtsrat<sup>446</sup> in § 15 um die Rechtsform der Austrian Limited zu erweitern und auch dem Umstand Rechnung zu tragen, dass gegebenenfalls die Entsendung von Arbeitnehmervertretern in den Verwaltungsrat erfolgt.

---

<sup>446</sup> BGBl 1974/343, zuletzt geändert durch BGBl II 2017/312.

## 13 Einordnung der Austrian Limited in das IESG

Bekanntlich sichert das Insolvenzentgeltsicherungsgesetz (IESG) die Entgeltsansprüche von Arbeitnehmern, die als im Inland beschäftigt gelten, falls über das Vermögen des Arbeitgebers im Inland ein Insolvenzverfahren eröffnet wird oder der Arbeitgeber im Firmenbuch wegen Vermögenslosigkeit gemäß § 40 FBG gelöscht oder ein Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens gemäß § 63 IO zurückgewiesen wird. Da die Austrian Limited Arbeitgeber sein und Arbeitnehmer beschäftigen kann (siehe oben Punkt 12.1), sind demnach auch Arbeitsverhältnisse mit einer Austrian Limited von der Insolvenzentgeltsicherung gemäß IESG umfasst.

Zahlungspflichtig ist der Insolvenz-Entgelt-Fonds, auf den dann auch die gesicherten Ansprüche übergehen<sup>447</sup>.

Auf Einzelheiten des IESG wird hier bewusst nicht eingegangen. Hingewiesen werden soll jedoch auf die Regelung des § 1 Abs 6 Z 2 IESG: Danach haben keinen Anspruch auf Insolvenz-Entgelt „Gesellschafter, denen ein beherrschender Einfluss auf die Gesellschaft zusteht, auch wenn dieser Einfluss ausschließlich oder teilweise auf der treuhändigen Verfügung von Gesellschaftsanteilen Dritter beruht oder durch treuhändige Weitergabe von Gesellschaftsanteilen ausgeübt wird“.

Diese Fälle des Ausschlusses von Gesellschaftern, die Arbeitnehmer sind, vom Insolvenz-Entgelt werden auch für die Austrian Limited gleichermaßen anwendbar sein.

---

<sup>447</sup> § 11 IESG.

# 14 Einordnung der Austrian Limited in das Steuerrecht

## 14.1 Körperschaftsteuerrecht

Nach § 1 KStG gelten „juristische Personen des privaten Rechts“ als Körperschaften und sind als solche – wenn sie im Inland ihre Geschäftsleitung oder ihren Sitz (§ 27 BAO) haben – unbeschränkt steuerpflichtig. Andernfalls – wenn sie im Inland weder ihre Geschäftsleitung noch ihren Sitz (§ 27 BAO) haben – sind sie nur mit ihren Einkünften im Sinne des § 21 Abs 1 KStG beschränkt steuerpflichtig.

Diese einleitende Definition über die unbeschränkte oder beschränkte Steuerpflicht von Körperschaften erfasst demnach nicht nur etwa GmbH, AG und SE, sondern auch – ohne dass dies Auslegungsprobleme aufwirft – die neu einzuführende Rechtsform der Austrian Limited. Dementsprechend sind auch die Vorschriften über Einlagen, Entnahmen und Einkommensverwendung – insbesondere auch im Falle des Forderungsverzichts von Gesellschaftern oder offener oder verdeckter (Gewinn-) Ausschüttungen (§ 8 KStG) – in gleicher Weise anwendbar wie bei den anderen Kapitalgesellschaften. Eine Austrian Limited kann mit finanziell verbundenen Körperschaften nach Maßgabe des § 9 auch eine steuerliche „Unternehmensgruppe“ bilden. Die Befreiung für Beteiligungserträge und internationale Schachtelbeteiligungen, wie sie § 10 KStG vorsieht, gilt gleichermaßen auch für die Austrian Limited als Körperschaft = Kapitalgesellschaft.

Das Körperschaftsteuergesetz ist daher auch bei Neueinführung der Rechtsform der Austrian Limited auf diese unzweifelhaft anwendbar.

## 14.2 Umgründungssteuerrecht

Das Umgründungssteuergesetz – soweit es Kapitalgesellschaften tangiert – verwendet im hier interessierenden Zusammenhang für Verschmelzungen, Umwandlungen, für die Einbringung von „Kapitalanteilen“ in und für die Spaltung von Körperschaften, den durch das Körperschaftsteuergesetz geprägten Begriff der „Körperschaft“. Wie bereits oben zu Punkt 14.1 erwähnt, sind Kapitalgesellschaften als inländische „juristische Personen des privaten Rechts“ unter diesen Begriff zu subsumieren. Eine Austrian Limited kann daher sowohl „übertragende“ als auch „übernehmende“ Körperschaft in einer Umgründung (Verschmelzung, Umwandlung, Spaltung) sein, und der im Umgründungssteuerrecht verwendete Begriff der „Anteilhaber“ umfasst auch Gesellschafter der Austrian Limited.

Ein Anpassungsbedarf für das UmgrStG aus Anlass der Einführung der neuen Rechtsform der Austrian Limited besteht daher nicht.

### 14.3 Neugründungs-Förderungsgesetz

Das Neugründungs-Förderungsgesetz (NeuFöG) enthält für Betriebs-Neugründungen einige Begünstigungen für den „Betriebsinhaber“. Betriebsinhaber kann auch eine Kapitalgesellschaft sein<sup>448</sup>. Somit kann auch die Austrian Limited bei ihrer Gründung die Begünstigungen des NeuFöG in Anspruch nehmen.

Die Inanspruchnahme dieser Begünstigungen, auf die wir sogleich zu sprechen kommen – hängt von der Einhaltung mehrerer Formalitäten ab, wie

- der Inanspruchnahme der Beratung der zuständigen gesetzlichen Interessenvertretung (Kammer) oder Sozialversicherungsanstalt samt deren Bestätigung über das Beratungsgespräch;
- der Verwendung des amtlichen Formulars (Vordrucks) unter Abgabe der Erklärung, dass die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind; insbesondere dass es sich um eine „echte“ Neugründung des Betriebes handelt und dass sich die die Betriebsführung innerhalb von zwei Jahren nach der Neugründung beherrschende Person (Betriebsinhaber) bisher<sup>449</sup> nicht in vergleichbarer Art beherrschend betrieblich betätigt hat<sup>450</sup>; es darf sich auch nicht um eine bloße Änderung der Rechtsform des Betriebes oder um einen Betriebsinhaberwechsel durch entgeltliche oder unentgeltliche Übertragung des Betriebes handeln; und
- der Betriebsinhaber muss den in Betracht kommenden Behörden das entsprechende amtliche Formular mit seiner Erklärung vorlegen; bei Anmeldungen zum Firmenbuch muss dies gleichzeitig mit dem Firmenbuchantrag erfolgen, und nicht erst nachträglich.

---

<sup>448</sup> An sich spricht das NeuFöG nicht ausdrücklich aus, wer „Betriebsinhaber“ sein kann (insofern wäre im Sinne der Anwenderfreundlichkeit und besseren Verständlichkeit eine gesetzliche Klarstellung, dass es nicht nur um Einzelunternehmer, Personengesellschaften oder eingetragene Personengesellschaften, sondern auch um Kapitalgesellschaften und sonstige Rechtsträger handeln kann, wünschenswert). Allerdings ergibt sich mittelbar aus § 1 Z 2 („... soweit Gesellschaftsrechte oder Anteile am Vermögen der Gesellschaft gewährt werden“), Z 5 („Gesellschaftssteuer“) und Z 6 NeuFöG, dass auch die Gründung von Kapitalgesellschaften in den Anwendungsbereich dieses Gesetzes fällt.

<sup>449</sup> Fraglich bleibt, welcher Zeitraum mit „dieser“ gemeint ist und ob eine „beherrschende betriebliche Betätigung“ im Ausland begünstigungsschädlich ist.

<sup>450</sup> Unklar ist, wie bei der Neugründung eine Zukunftsprognose für die nächsten zwei Jahre nach der Neugründung abgegeben werden soll, die der Gesetzgeber als Wissenserklärung formuliert.

Die Begünstigungen durch das NeuFöG betreffen unter anderem

- die Befreiung von Grunderwerbsteuer;
- die Befreiung von Gerichtsgebühren für Eintragungen im Grundbuch und im Firmenbuch;
- die Befreiung von bestimmten Lohnnebenkosten, und zwar im ersten Jahr für sämtliche Dienstnehmer, in den folgenden Jahren für bis zu drei Dienstnehmer; und
- die Befreiung von Stempelgebühren und Bundesverwaltungsabgaben für die durch die Neugründung veranlassten Schriften und Amtshandlungen (wie zB für den Antrag auf Gewerbeberechtigung, wohl auch für den Antrag auf Genehmigung einer gewerblichen Betriebsanlage).

Wie erwähnt kann auch die Austrian Limited in den Genuss dieser Begünstigungen kommen, wenn sie die Voraussetzungen erfüllt und das amtliche Formular verwendet.

#### 14.4 Umsatzsteuerrecht

Das österreichische Umsatzsteuerrecht stellt auf die Eigenschaft als „Unternehmer“ ab, die in § 2 UStG sehr umfassend definiert wird<sup>451</sup>. Demnach ist auch das Umsatzsteuerrecht auf die Austrian Limited ebenso anwendbar, wie es unter gleichen Voraussetzungen auf ein Unternehmen in der Rechtsform der GmbH, AG oder SE anwendbar wäre.

#### 14.5 Lohnsteuer, Kapitalertragsteuer, Abzugssteuer in besonderen Fällen

Im Zusammenhang mit der Besteuerung der Löhne, Gehälter und sonstigen Vergütungen an Arbeitnehmer verpflichtet das EStG den „Arbeitgeber“ grundsätzlich zum Einbehalt und zur Abfuhr der Lohnsteuer an das Finanzamt<sup>452</sup>. Ausdrücklich wird die Haftung des Arbeitgebers gegenüber der Republik Österreich für die Einbehaltung und Abfuhr der vom Arbeitslohn einzubehaltenden Lohnsteuer gesetzlich angeordnet<sup>453</sup>. Auf das „Durchschlagen“ dieser Haftung auf die Organe der Austrian Limited wird zu Punkt 14.6 noch zurückzukommen sein.

Auch im Zusammenhang mit Einkünften aus Kapitalvermögen kennt das Gesetz eine im Abzugsweg einzubehaltende Steuer, nämlich die Kapitalertragsteuer. Schuldner der Kapitalertragsteuer ist zwar der Empfänger der Kapitalerträge; der Auszahlende ist aber in

---

<sup>451</sup> Ausgenommen ist die umsatzsteuerliche Organschaft, wenn eine juristische Person dem Willen eines Unternehmers derart untergeordnet ist, dass sie keinen eigenen Willen hat (§ 2 Abs 2 Z 2 UStG).

<sup>452</sup> §§ 47 und 78 ff EStG.

<sup>453</sup> §§ 82 und 82a EStG.

aller Regel zum Abzug, zum Einbehalt und zur Abfuhr der Kapitalertragsteuer an das Finanzamt verpflichtet<sup>454</sup>. Wenn eine Austrian Limited zum Abzug, zum Einbehalt und zur Abfuhr der Kapitalertragsteuer an das Finanzamt verpflichtet ist, kann die Verletzung dieser Pflicht auf deren Organe durchschlagen; darauf wird zu Punkt 14.6 zurückzukommen sein.

In ähnlicher Weise wird auch die Einkommensteuer beschränkter Steuerpflichtiger durch Steuerabzug in Form einer Abzugssteuer erhoben<sup>455</sup>. Die Abzugssteuer ist vom Schuldner dieser Einkünfte – gegebenenfalls von der Austrian Limited als zahlungspflichtiger Schuldner – einzubehalten und an das Finanzamt abzuführen<sup>456</sup>. Erfüllt die Austrian Limited als Schuldner diese Abfuhrverpflichtung nicht, kann dies wiederum zur persönlichen Haftung der Organe der Austrian Limited führen.

## 14.6 Bundesabgabenordnung

Die Bundesabgabenordnung regelt die Erhebung von Abgaben und die der Durchführung der Abgabenvorschriften dienenden abgabenbehördlichen Maßnahmen<sup>457</sup>, ohne speziell auf eine Rechtsform des Abgabenschuldners abzustellen. Soweit demnach eine Austrian Limited Abgabenschuldner ist oder für Abgaben haftet, gelten die Vorschriften der BAO für sie gleichermaßen wie bei den Rechtsformen der GmbH, AG oder SE.

Speziell hinzuweisen ist auf die Vorschriften der §§ 9, 9a und 80 ff BAO, die die Haftung der „zur Vertretung juristischer Personen berufenen Personen“ regeln. Diese „Vertreter“ (der Austrian Limited) haben insbesondere dafür zu sorgen, dass die Abgaben aus den Mitteln, die sie verwalten, entrichtet werden<sup>458</sup>. Als die abgabenrechtlich verantwortlichen Personen („Vertreter“) werden bei einer GmbH die Geschäftsführer und Liquidatoren, bei einer AG die Vorstandsmitglieder und Abwickler angesehen<sup>459</sup>. Faktische Geschäftsführer – also Personen, die auf die Erfüllung der Pflichten der Abgabenschuldner und deren organschaftlichen Vertreter tatsächlich Einfluss nehmen – werden bei der abgabenrechtlichen Haftung gleichfalls in die Pflicht genommen<sup>460</sup>.

---

<sup>454</sup> §§ 95 und 96 EStG.

<sup>455</sup> § 99 EStG; zur Befreiung vom Steuerabzug siehe § 99a EStG.

<sup>456</sup> § 100 Abs 2 Satz 2 und § 101 EStG.

<sup>457</sup> § 1 BAO.

<sup>458</sup> Für im Abzugswege einzubehaltende Steuern besteht eine strengere Haftung; siehe näher *J. Reich-Rohrwig in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 25 Rz 468 ff; *J. Reich-Rohrwig in Artmann/Karollus*, AktG<sup>6</sup> § 84 Rz 51 ff.

<sup>459</sup> Zur abgabenrechtlichen Haftung siehe *Althuber*, Geschäftsführer- und Vorstandshaftung im österreichischen Steuerrecht<sup>2</sup> (2015); *J. Reich-Rohrwig in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 25 Rz 434/1 ff; *J. Reich-Rohrwig in Artmann/Karollus*, AktG<sup>6</sup> Anh § 84 Rz 1 ff mwN.

<sup>460</sup> § 9a BAO.

Im hier interessierenden Zusammenhang stellt sich die Frage, ob Geschäftsführer einer Austrian Limited oder, falls bei dieser ein Verwaltungsrat bestellt ist, die Mitglieder des Verwaltungsrats als „zur Vertretung juristischer Personen berufene Personen“ von der Haftung für nicht entrichtete Abgabenverbindlichkeiten der Austrian Limited erfasst sind:

Hinsichtlich der **Geschäftsführer** einer Austrian Limited als „zur Vertretung juristischer Personen berufene Personen“ ist dies unseres Erachtens völlig klar.

Falls in der Austrian Limited ein **Verwaltungsrat** eingerichtet ist, sind die Mitglieder des Verwaltungsrats grundsätzlich zur Vertretung der Gesellschaft „berufen“, sodass die abgabenrechtliche Haftung auch sämtliche Mitglieder des Verwaltungsrats erfassen kann.

Nach der in diesem Gutachten vertretenen Auffassung sollten die in den Verwaltungsrat **entsandten Arbeitnehmervertreter** gesetzlich von der Vertretung der Gesellschaft – nicht hingegen von der Willensbildung innerhalb des Verwaltungsrats – ausgeschlossen sein. Konsequenterweise wäre es, sie dann mangels Vertretereigenschaft von der Haftung für die Nichterfüllung von Abgabenverbindlichkeiten zu befreien, sofern sie nicht durch ihr Verhalten innerhalb des Verwaltungsrats geradezu darauf Einfluss nehmen oder daran mitwirken, dass die Abgaben durch die Austrian Limited nicht entrichtet bzw nicht abgeführt werden. Eine solche Regelung, die für den Regelfall den Entfall ihrer Haftung für die von der Austrian Limited nicht entrichteten Abgaben bewirkt, sollte zugleich ein aus der Sicht der Arbeitnehmervertreter „positiver Nebeneffekt“ ihres Ausschlusses von der Vertretung für die Austrian Limited sein.

## 15 Steuerliche und sozialversicherungsrechtliche Behandlung von Incentivierungsprogrammen

Neben den bereits angesprochenen gesellschaftsrechtlichen Maßnahmen zur Steigerung der Attraktivität von Mitarbeiterbeteiligungsprogrammen sind auch begleitende steuerliche und sozialversicherungsrechtliche Maßnahmen erforderlich, um österreichische Startups im internationalen Wettbewerb um die besten Köpfe zu stärken.

Durch den (unentgeltlichen oder verbilligten) Beteiligungserwerb von Begünstigten eines Incentivierungsprogramms, die zugleich Dienstnehmer sind, kann es zu einem geldwerten Vorteil aus dem Dienstverhältnis in der Form eines Sachbezugs kommen,<sup>461</sup> der zu Einkünften aus nicht selbständiger Arbeit gemäß § 25 EStG führt. Es müssten dann bereits im Zeitpunkt der Gewährung der Incentive-Beteiligung (uU hohe) Steuerbeträge und sonstige Abgaben abgeführt werden, obwohl weder das Startup noch der Begünstigte über die notwendige Liquidität verfügen, um diese Beträge zu bezahlen.<sup>462</sup> Vor allem bei bereits höheren Unternehmenswerten ist eine direkte Beteiligung damit auch aus steuerlicher Sicht unattraktiv<sup>463</sup> bzw nicht durchführbar.

In der derzeitigen Praxis werden Incentivierungsprogramme in der Regel als rein schuldrechtliche Vereinbarungen ausgestaltet, ohne die Mitarbeiter direkt an der Gesellschaft zu beteiligen. Informationsrechte sollen regelmäßig auf ein Minimum beschränkt werden, um die Geschäftsführung nicht zu beeinträchtigen. Diese Form der virtuellen Beteiligung, bei der Mitarbeiter (und sonstige Begünstigte) lediglich schuldrechtlich am Gewinn bzw Exit-Erlös beteiligt werden, wird oft als virtueller Nominalbetrag (Phantom Shares oder Virtual Shares) eingeräumt, der sich am Stammkapital der Gesellschaft orientiert. Diese Gestaltung hat nach geltender Rechtslage den Vorteil, dass sie im Zeitpunkt der Zuteilung

---

<sup>461</sup> LStR 2002 Rz 215; Vgl auch für Deutschland *Geserich*, Die steuerliche Behandlung von Aktienüberlassungen und Aktienoptionen, DStR-Beih 2014, 53 (58); *Schönhaar*, GWR 2017, 293; *Weitnauer*, GWR 2017, 391; *Grisar/Zantopp*, Liquidationspräferenzen in Mitarbeiterbeteiligungsprogrammen, DStR 2020, 1768 (1770).

<sup>462</sup> Die Einräumung der Beteiligung als Vorteil aus dem Dienstverhältnis ist als sonstiger Bezug mit dem progressiven Tarif der Einkommensteuer zu versteuern (*Ludwig/Schindler*, Mitarbeiterbeteiligungsmodelle im Bilanz-, Gesellschafts- und Steuerrecht, RdW 2008, 683 (684)) und unterliegt somit unabhängig davon, ob das Unternehmen Gewinne erzielt, einem Steuersatz von bis zu 55% im Zeitpunkt der Einräumung. Nur unter bestimmten (engen) Voraussetzungen sind Zuwendungen aus Mitarbeiterbeteiligungsprogrammen bis zu einem Betrag von € 3.000,- jährlich gem § 3 Abs 1 Z 15 lit b EStG steuerbefreit: Der Anwendungsbereich umfasst unter anderem Aktien und GmbH-Anteile. Die Voraussetzungen der Steuerbefreiung sind die Gewährung der Vorteile an alle Arbeitnehmer oder zumindest bestimmte Gruppen der Arbeitnehmer, das Halten der Beteiligung über einen Zeitraum von mindestens fünf Jahren sowie das Bestehen eines aufrechten Dienstverhältnisses.

<sup>463</sup> *Geweßler/Steinhart*, SWK-Spezial Einkommensteuer 2019, 164 f.

der virtuellen Beteiligung beim Begünstigten zu keinem Vermögenszuwachs führt und daher zunächst kein steuerpflichtiges Ereignis darstellt. Die Besteuerung tritt erst zum tatsächlichen Zeitpunkt des Liquiditätszuflusses (Dividendenausschüttung, Exit-Erlös) ein.<sup>464</sup> Liegt neben der virtuellen Beteiligung ein Arbeitsverhältnis zwischen der Gesellschaft und dem Begünstigten vor, sind die Zahlungen an den Begünstigten als sonstige Bezüge im Sinne des § 67 EStG zu qualifizieren.<sup>465</sup>

Aus sozialversicherungsrechtlicher Perspektive stellen Zahlungen im Zusammenhang mit virtuellen Beteiligungen eine Form der erfolgsabhängigen Vergütung dar und sind als solche eine Form der Prämie, die der Arbeitgeber den Mitarbeitern gewährt. Sie zählen zum Entgelt und unterliegen daher der Versicherungspflicht nach ASVG. Auch im GSVG-System gehören virtuelle Beteiligungserlöse zur Bemessungsgrundlage.<sup>466</sup>

Begleitend zur Einführung der neuen Rechtsform der Austrian Limited sollten zur Erhöhung der Attraktivität von Mitarbeiterbeteiligungsprogrammen auch die steuer- und sozialversicherungsrechtlichen Hemmnisse beseitigt werden.

Zwingend notwendig wären hier gesetzliche Klarstellungen, dass (i) die Ausgabe von virtuellen Anteilen oder stimmrechtslosen Anteilen an Mitarbeiter, Dienstleister und Organmitglieder (zB Beiräte) im Zeitpunkt der Einräumung keine Steuerpflicht auslöst und (ii) spätere Dividenden und Exit-Erlöse aus solchen Anteilen nicht dem progressiven Einkommensteuersatz, sondern als Kapitalerträge der Kapitalertragsteuer unterliegen.

Eine attraktivere Möglichkeit zur (wirtschaftlichen) Beteiligung von Mitarbeitern ist ein ganz entscheidender Baustein zur Förderung österreichischer Startups. Er würde ihnen bessere Chancen im internationalen Wettbewerb um die besten Talente geben und damit auch die Attraktivität österreichischer Startups für (internationale) Investoren erhöhen. Wenn im Sinne des Regierungsprogramms eine international wettbewerbsfähige Option geboten werden soll, sollte die Incentivierung von Mitarbeitern im Zuge der Schaffung der neuen Gesellschaftsform unbedingt berücksichtigt werden.

---

<sup>464</sup> *Mitterecker*, Der virtuelle Gesellschaftsanteil, GES 2020, 126 (133); für Deutschland etwa *Schönhaar*, GWR 2017, 294; *Weitnauer*, GWR 2017, 393; *Grisar/Zantopp*, DStR 2020, 1772.

<sup>465</sup> *Geweßler/Steinhart*, SWK-Spezial Einkommensteuer 2019, 168.

<sup>466</sup> *Geweßler/Steinhart*, SWK-Spezial Einkommensteuer 2019, 168; *Mitterecker*, GES 2020, 133.

Wien, am 8. September 2020

---

CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH  
Univ.-Prof. Dr. Johannes Reich-Rohrwig

---

Herbst Kinsky Rechtsanwälte GmbH  
Dr. Philipp Kinsky

---

CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH  
Priv.-Doz. Dr. Sixtus-Ferdinand Kraus



**Bundesministerium für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort**

Stubenring 1, 1010 Wien

+43 1 711 00-0

[bmdw.gv.at](https://www.bmdw.gv.at)