52. Jahrgang / Oktober 2023 / Nr. 5

Der Gesellschafter

Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht

Herausgegeben von
Nikolaus Arnold und Susanne Kalss

GesRZ

SCHWERPUNKT: EU-UmgrG

Martin Winner
Die Sitzverlegung

Georg Eckert
Die Verschmelzung nach dem EU-UmgrG

Benedikt Hirschler
Gläubigerschutz bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen

Susanne Kalss
Die Spaltung über die Grenze

Lukas Lobnik
Shadow Trading und Insiderrecht

Christian Dorrer
Aufsichtsratsähnlicher Stiftungsbeirat – Konzernabschluss

Aus der aktuellen Rechtsprechung
OGH-Entscheidungen zum Gesellschaftsrecht

Unternehmensrecht aktuell
Wichtige Gesetzesvorhaben im Überblick
Österreichische und europäische Finanzmarktaufsicht

Linde
www.lindeverlag.at

(Neuerliches) Plädoyer für die Abschaffung des § 35 Abs 1 Z 7 GmbHG

§ 35 GmbHG dient dazu, den Kompetenzbereich der Gesellschafter zwingend festzulegen (*Enzinger* in *Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG, § 35 Rz 2) und damit auch Lücken des Gesellschaftsvertrages in Ansehung der Kompetenzverteilung zu schließen. Die Regelung entspricht weitestgehend ihrem Vorbild in § 46 dGmbHG. Eine wesentliche Bestimmung enthält das deutsche GmbHG aber im Gegensatz zum österreichischen GmbHG nicht, nämlich jene des § 35 Abs 1 Z 7 GmbHG.

Verkürzt gesagt: § 35 Abs 1 Z 7 GmbHG unterwirft den Abschluss von Verträgen, durch welche die Gesellschaft vorhandene oder herzustellende, dauernd dem Geschäftsbetrieb bestimmte Anlagen oder unbewegliche Gegenstände um einen Kaufpreis erwirbt, der ein Fünftel (also 20 %) des Stammkapitals übersteigt, der qualifizierten Beschlussfassung der Gesellschafter. Nach zweijährigem Bestand der Gesellschaft kann die Regelung im Gesellschaftsvertrag abbedungen werden. Wird sie dies nicht, gilt sie auch über diesen zweijährigen Zeitraum hinaus. Die Gesetzesmaterialien begründen den Normzweck damit, dass das den Gesellschaftern im Gründungsstadium zustehende Recht der Sacheinlagenprüfung nicht illusorisch gemacht werden solle (*Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] [2007] § 35 Rz 41). Dem Wortlaut nach werden aber sehr wohl auch alle anderen Rechtsgeschäfte mit Dritten umfasst, da der Schutzzweck über den einer reinen Nachgründungsvorschrift hinausgehe; § 35 Abs 1 Z 7 GmbHG erfasse auch Geschäfte mit Dritten und diene dem Schutz der Gesellschafter vor großen und daher riskanten Investitionen (RIS-Justiz RS0122061).

Die Regelung des § 35 Abs 1 Z 7 GmbHG wurde bereits vielfach kritisiert. *Harrer* (Plädoyer für die Abschaffung des § 35 Abs 1 Z 7 GmbHG, in FS W. Jud [2012] 181) hat ihr sogar ein eigenes Plädoyer für die Abschaffung gewidmet.

Im Rahmen des GesRÄG 2023 (276/ME 27. GP, online abrufbar unter https://www.parlament.gv.at/gegenstand/XXVII/ME/276) soll das Stammkapital der GmbH auf 10.000 € abgesenkt werden. Es ist nicht das erste Mal, dass der Gesetzgeber sich am Mindeststammkapital der GmbH versucht (zu den Anpassungen im Rahmen des GesRÄG 2013, BGBl I 2013/109, und der neuerlichen Abänderung im Rahmen des AbgÄG 2014, BGBl I 2014/13, siehe *N. Arnold*, GesRZ 2014, 337; zur Behandlung durch den VfGH siehe VfGH 14.3.2017, G 311/2016, VfSlg 20.154/2017). Zur Höhe des Mindeststammkapitals kann man durchaus unterschiedliche Ansichten vertreten. Eine klare einheitliche Linie und auch die Aufgabe einer schwerfälligen Gründungsprivilegierung ist aber jedenfalls zu begrüßen.

Was bedeutet das aber nun für § 35 Abs 1 Z 7 GmbHG und die vom OGH als Begründung herangezogenen *„großen und daher riskanten Investitionen"*? Das Stammkapital ist schon *per se* als Maßzahl für die Größe einer Investition und deren Risiko ungeeignet. Das Abstellen auf ein Fünftel des Stammkapitals entsprach daher schon bisher weder der Realität noch den Anforderungen der Praxis. Bei einer Absenkung des Mindeststammkapitals der GmbH wird die Regelung aber geradezu *ad absurdum* geführt (ein Fünftel von 10.000 € wären 2.000 € als maßgebliche Grenze für die Notwendigkeit der Befassung der Gesellschafter einer GmbH mit Mindeststammkapital).

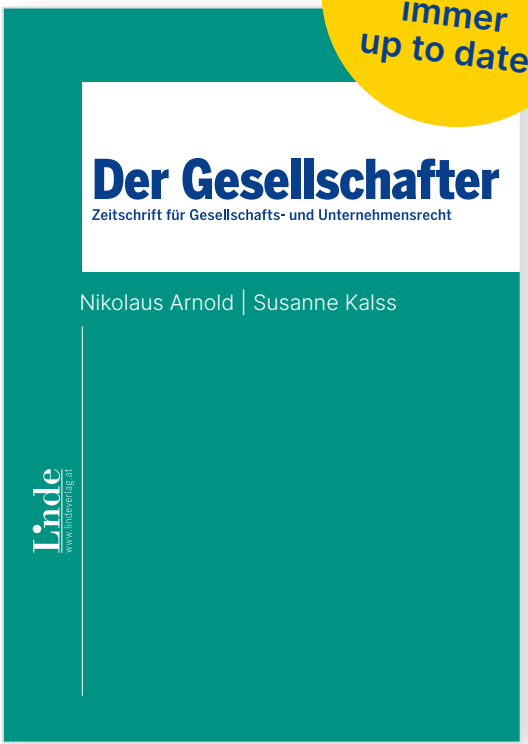
Im Begutachtungsverfahren zum GesRÄG 2023 wurde daher zu Recht gefordert, § 35 Abs 1 Z 7 GmbHG (endlich) aufzuheben (vgl die Stellungnahmen des Österreichischen Rechtsanwaltskammertages, 38/SN-276/ME 27. GP, online abrufbar unter https://www.parlament.gv.at/gegenstand/XXVII/SNME/250977, und von *F. Hule*, 61/SN-276/ME 27. GP, online abrufbar unter https://www.parlament.gv.at/gegenstand/XXVII/SNME/251022).

Der Gesetzgeber sollte die geplanten Änderungen im Rahmen des GesRÄG 2023 daher zum Anlass nehmen, § 35 Abs 1 Z 7 GmbHG aufzuheben. IdS und das Plädoyer für die Abschaffung des § 35 Abs 1 Z 7 GmbHG von *Harrer* in Erinnerung rufend plädiere ich daher neuerlich für diese Aufhebung.

Wien, im Oktober 2023 *Nikolaus Arnold*

Linde
Zeitschriften

Mit dem Jahresabo immer up to date!



Linde

Jetzt Abo 2023 bestellen!

Gesellschafts- und Unternehmensrecht am Puls der Zeit

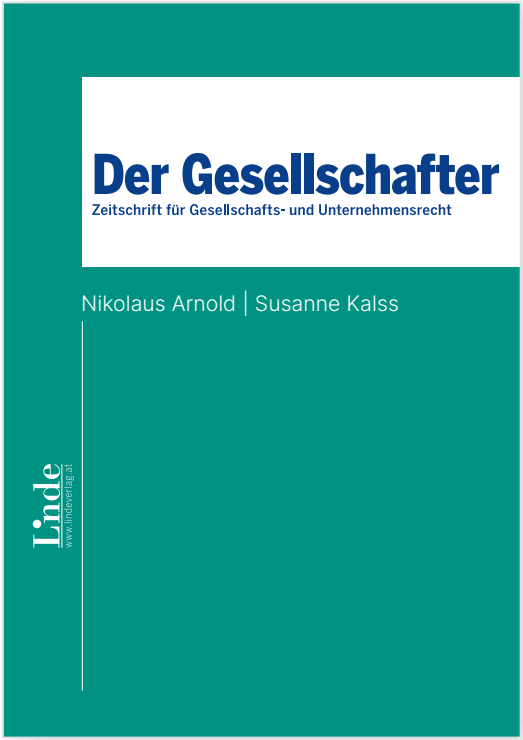
Der praktische Fall
Diskussion am Puls der Zeit

Für die Praxis
Fundierte Fachinformation, kritischer Diskurs

Rechtsprechung
Judikatur des OGH, EuGH und OLG aus erster Hand

www.lindeverlag.at/gesrz

Linde
Zeitschriften



GesRZ – Jahresabonnement 2023

Bestellen unter:

- www.lindeverlag.at/gesrz
- fachzeitschriften@lindeverlag.at

Print & Digital: **€ 258,–**
Preisänderung und Irrtum vorbehalten.
(Preis inkl. MwSt., zzgl. Versandkosten)

Weitere Informationen zur Zeitschrift
und alle Abo-Varianten finden Sie unter
www.lindeverlag.at/gesrz