



universität
wien

MASTER THESIS | MASTER'S THESIS

Titel | Title

Die neue Flexible Kapitalgesellschaft – Rechtsvergleich der Kapital- und
Finanzierungsvorschriften mit der deutschen GmbH

verfasst von | submitted by

Mag.iur. Philipp Emanuel Stephan

angestrebter akademischer Grad | in partial fulfilment of the requirements for the degree of
Master of Laws (LL.M.)

Wien | Vienna, 2025

Studienkennzahl lt. Studienblatt |
Degree programme code as it appears on the
student record sheet:

UA 999 082

Universitätslehrgang lt. Studienblatt |
Postgraduate programme as it appears on the
student record sheet:

Europäisches und Internationales Wirtschaftsrecht
[Vollzeit Deutsch]

Betreut von | Supervisor:

Mag. Dr. Martin Miernicki Privatdoz. B.A. BSc

Abstract

Per 01.01.2024 wurde in Österreich in Form des FlexKapGG die Flexible Kapitalgesellschaft („*FlexKapG*“ oder „*FlexCo*“) eingeführt. Die Masterarbeit untersucht die Eigenschaften der FlexCo und deren rechtlichen Rahmenbedingungen im Vergleich zur deutschen GmbH. Dies mit Blickwinkel auf die Zielsetzung des Gesetzgebers, dass die FlexCo insbesondere für Start-Ups und innovative Unternehmen konzipiert wurde, die schnelle Wachstumschancen verfolgen und auf Venture Capital angewiesen sind.

Beleuchtet werden die jeweiligen Vorschriften zum Stammkapital, zu den verschiedenen Kapitalerhöhungsformen, zu den Geschäftsanteilen und (Mitarbeiter-)Beteiligungsmodellen. Es wird untersucht, inwiefern die FlexCo durch die flexibleren Kapitalbeschaffungsmöglichkeiten, die gesetzlich normierten, sonstigen Finanzierungsformen, die neu geschaffenen Unternehmenswert-Anteile sowie dem vereinfachten Beurkundungsverfahren insbesondere für wachsende Unternehmen Vorteile bietet und ob diese daher eine (attraktive) Alternative zur deutschen GmbH darstellen kann.

The Flexible Kapitalgesellschaft (“*FlexKapG*” or “*FlexCo*”) was introduced in Austria on 01.01.2024. This Master Thesis examines the characteristics of the FlexCo and its legal framework in comparison to the German GmbH. This analysis is based in particular on the legislator's objective that the FlexCo was designed in particular for start-ups and innovative companies that pursue rapid growth opportunities and are dependent on venture capital.

The respective regulations on share capital, the various forms of capital increase, shares and (employee) participation models are examined. It is investigated to what extent the FlexCo offers advantages, particularly for growing companies, due to the more flexible capital raising options, the legally standardized other forms of financing, the newly created company value shares (“*Unternehmenswertanteile*”) as well as the simplified notarisation procedure, and whether it can therefore be an (attractive) alternative to the German GmbH.

Inhaltsverzeichnis

Abstract.....	I
Abkürzungsverzeichnis	V
1 Thematische Einführung und Problemdarstellung	1
2 Forschungsstand.....	4
2.1 Zum Hintergrund der Flexiblen Kapitalgesellschaft	4
2.2 Zum Hintergrund der deutschen GmbH und Unternehmergeinschaft	5
3 Zielsetzung der Arbeit und Forschungsfragen	7
4 Stammkapital	8
4.1 Mindesthöhe nach dem FlexKapGG	8
4.2 Mindesthöhe nach dem dGmbHG und Sonderbestimmungen der Unternehmergeinschaft.....	8
4.3 Fazit	11
5 Erhöhung des Stammkapitals.....	13
5.1 Grundsätze nach dem FlexKapGG	14
5.2 Grundsätze nach dem dGmbHG.....	20
5.3 Fazit	24
6 Bedingtes, genehmigtes und genehmigtes bedingtes Kapital.....	26
6.1 Grundsätze nach dem FlexKapGG	27
6.1.1 Genehmigtes Kapital.....	27
6.1.2 Bedingte Kapitalerhöhung	31
6.1.3 Genehmigte bedingte Kapitalerhöhung	34
6.2 Grundsätze nach dem dGmbHG.....	36
6.2.1 Genehmigtes Kapital.....	36
6.2.2 Bedingte Kapitalerhöhung und genehmigte bedingte Kapitalerhöhung.....	41
6.3 Fazit	42
7 Geschäftsanteil	43
7.1 Grundsätze nach dem FlexKapGG	43

7.1.1	Definition und Charakteristika.....	43
7.1.2	Erwerb und Mindest(einzahlungs)höhe	44
7.1.3	Sacheinlage	45
7.1.4	Gattungen	46
7.1.5	Anteilserwerb und -veräußerung Formvorschriften; Vinkulierung.....	50
7.2	Grundsätze nach dem dGmbHG.....	52
7.2.1	Definition und Charakteristika.....	52
7.2.2	Erwerb und Mindest(einzahlungs)höhe	52
7.2.3	Sacheinlage	54
7.2.4	Gattungen	55
7.2.5	Anteilserwerb und -veräußerung Formvorschriften; Vinkulierung.....	57
7.3	Tabellarische Übersicht.....	59
7.4	Fazit	60
8	Sonstige (hybride oder mezzanine) Finanzierungsformen.....	62
8.1	Grundsätze nach dem FlexKapGG	64
8.2	Grundsätze nach dem deutschen Recht	72
8.3	Fazit	76
9	Mitarbeiterbeteiligung	78
9.1	Formen der Mitarbeiterbeteiligung bei der deutschen GmbH	79
9.2	Unternehmenswert-Anteile nach dem FlexKapGG.....	85
9.3	Fazit	92
10	Abschließender Vergleich und Conclusio	96
	Literaturverzeichnis	VII

Abkürzungsverzeichnis

aA	andere Ansicht
Abs	Absatz
Begr RegE	Begründung Regierungsentwurf
bspw	beispielsweise
bzw	beziehungsweise
dAG	deutsche Aktiengesellschaft
dAktG	deutsches Aktiengesetz
dGmbH	deutsche Gesellschaft mit beschränkter Haftung
dGmbHG	deutsches Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
EUR	Euro
evtl	eventuell
f	folgend
ff	fortfolgend
FlexCo	Flexible Kapitalgesellschaft
FlexKapGG	Flexible-Kapitalgesellschafts-Gesetz
FN	Fußnote
GesRÄG 2023	Gesellschaftsrechts-Änderungsgesetz 2023
ggü	gegenüber
grds	grundsätzlich
idR	in der Regel
insb	Insbesondere
iSd	im Sinne der/s
iW	im Wesentlichen
iZ	im Zuge
iZm	im Zusammenhang mit
Ltd	englische Private Company Limited by Shares
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen
mwN	mit weiteren Nachweis
Nr	Nummer
Rn	Randnummer
Rz	Randziffer

öAG	österreichische Aktiengesellschaft
öAktG	österreichisches Aktiengesetz
öGmbH	österreichische Gesellschaft mit beschränkter Haftung
öGmbHG	österreichisches Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung
ua	unter anderem
UG	Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)
uU	unter Umständen
UW	Unternehmenswert
vgl	vergleiche
zB	zum Beispiel

1 Thematische Einführung und Problemdarstellung

Österreich (er)schafft es – und erlässt durch das Gesellschaftsrechts-Änderungsgesetz 2023 (kurz „*GesRÄG 2023*“)¹ mit Wirkung zum 01.01.2024 das Flexible-Kapitalgesellschafts-Gesetz (kurz „*FlexKapGG*“)². Mit dem FlexKapGG wurde – im Sinne des angekündigten Regierungsprogramms für die Jahre 2020 bis 2024³ – in Form der Flexiblen Kapitalgesellschaft (kurz „*FlexCo*“ oder „*FlexKapG*“⁴) eine neue Kapitalgesellschaftsform eingeführt.

Zielpublikum der neuen Gesellschaftsform sind Unternehmen in der Gründungsphase („Start-Ups“) sowie andere „innovative“ Unternehmen.⁵ Durch den neu eingeführten flexibleren Rechtsrahmen⁶ wurde vor allem für jene (Jung-)Unternehmen eine „international wettbewerbsfähige Option“ zur Verfügung gestellt, die rasch wachsen, sich wegen der noch ungewissen Erfolgsaussichten nicht ausreichend mit Fremdkapital finanzieren können und deshalb auf Investitionen von Wagnis-Kapitalgeber angewiesen sind.⁷ Dabei soll die neue Form einer haftungsbeschränkten Gesellschaftsform nicht nur für heimische GründerInnen, sondern auch für internationale Venture Capital-Investoren Anreize schaffen. Hiermit wird das Ziel verfolgt, Österreich im internationalen Rechtsformwettbewerb zu stärken und dessen Wirtschaftsstandort für die Gründung und Führung von Start-ups attraktiver zu

¹ GesRÄG 2023 BGBl I 179/2023.

² Siehe zu den (in dieser Arbeit nicht näher behandelten) gleichzeitig mit dem FlexKapGG eingeführten Start-Up-Förderungsgesetz ua in *Novak/Aspalter*, Was bringt die neue Start-Up-Mitarbeiterbeteiligung nach § 67a EStG? *ecolex* 2023/574, 923; *Salnikow*, Start-up-Förderungsgesetz 2023: Die neue Start-up-Mitarbeiterbeteiligung, *taxlex* 2023, 288.

³ *Ludvik/Grabmayr*, Die flexible Kapitalgesellschaft, *SWK* 26/2023, 1015; Regierungsprogramm 2020 - 2024, 14, <https://www.bundestkanzleramt.gv.at/bundestkanzleramt/die-bundesregierung/regierungsdokumente.html>, S. 62, abgerufen am 18.04.2024.

⁴ § 2 FlexKapGG.

⁵ Erläuterungen in der Regierungsvorlage zum GesRÄG 2023, ErlRV 2320 BlgNR 27. GP, 1, https://www.parlament.gv.at/dokument/XXVII/ME/276/fname_1567127.pdf, abgerufen am 19.04.2024.

⁶ *A. Reich-Rohrwig/Kinsky/Kurz* in *Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky*, Flexible Kapitalgesellschaft, Rz 1.1.

⁷ *Bydlinski*, Von der Austrian Limited zur FlexCo, *ÖJZ* 2023, 884.

machen.⁸ Durch den Abbau von rechtlichen Hindernissen und der Schaffung neuer rechtlicher Rahmenbedingungen wird die dauerhafte Etablierung von Start-Ups in Österreich, eine Steigerung von internationalen Investments sowie das erfolgreichere Anwerben von ausgebildeten Dienstnehmern prognostiziert.⁹ Aufgrund des inhärenten Risikos, welches mit jeder Unternehmensgründung einhergeht, wurde von österreichischen Startups bisher häufig eine Haftungsbeschränkung mit dem einzuzahlenden Kapital und deshalb besonders die öGmbH als Rechtsform bevorzugt. Demgegenüber ist die öAG aufgrund der komplexeren Organisationsstruktur, den strengeren Formerfordernissen für die Hauptversammlung und den hohen Kapitalanforderungen in der Regel weniger von Bedeutung. Doch auch die öGmbH wurde von der Gründerszene aufgrund der mitunter starren Vorgaben, etwa in Hinblick auf die strengen Formerfordernisse bei der Gründung und Anteilsabtretung und den fehlenden gesetzlichen Bestimmungen zur flexiblen Kapitalaufnahme und Mitarbeiterbeteiligung¹⁰, oftmals als nur beschränkt geeignet angesehen.¹¹ Insb die mangelnde (gesetzlich geregelte) Möglichkeit, Anteile an einer öGmbH, die zwar eine Beteiligung am Erfolg des Unternehmens verschaffen, jedoch keine weiteren Gesellschafterrechte (wie Stimm- und Bezugsrechte) verleihen, auszugeben, wurden in der Gründerszene als Hindernis angesehen.¹² Denn eine derartige Beteiligung an einer öGmbH mit weitestgehend eingeschränkten Mitgliederrechten konnten bisher nur auf Einzelvertragsbasis, etwa in Form einer „virtuellen“ Beteiligung“, nachgebildet werden.

⁸ *Reich-Rohrwig/Kinsky/Kraus*, Austrian Limited, 27; *Dilenge*, Die FlexKap in Österreich: Ein Wegweiser für Deutschland? IWRZ 2023, 107; siehe kritisch ob der Eignung *Fleischer/Pendl*, Die Flexible Kapitalgesellschaft als österreichische Rechtsformneuschöpfung: Genese - Grundlagen - Gesamtwürdigung, GmbHR 2024, 174 (184), Rz 42.

⁹ *A. Reich-Rohrwig/Kinsky/Kurz* in *Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky*, Rz 1.2.

¹⁰ *A. Reich-Rohrwig/Kinsky/Kurz* in *Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky*, Rz 1.1.

¹¹ *Neumann/Rombold*, FlexKapG und Start-Up-Förderungsgesetz aus Arbeitnehmerperspektive, ÖStZ 2024, 177; *Rieder*, Der Ministerialentwurf zur Einführung der Flexiblen Kapitalgesellschaft (GesRÄG 2023), RdW 2023, 464.

¹² *Oberlechner*, Wichtige Neuerungen für innovative Unternehmen: Start-up Förderungsgesetz und Gesellschaftsrechts-Änderungsgesetz 2023, GES 2023, 211.

Aus diesem Grund wurde – entsprechend der Zielsetzung des GesRAG 2023¹³ – das gesetzliche Mindeststammkapital für die FlexCo (und auch für die öGmbH) auf EUR 10.000 abgesenkt¹⁴ sowie die bisher bei der GmbH bestehende Möglichkeit der Gründungsprivilegierung nach § 10b öGmbHG aF abgeschafft.¹⁵ Zudem finden sich im FlexKapGG dem österreichischem GmbH-Recht bisher unbekannte Bestimmungen zu Gesellschafterbeschlüssen betreffend bedingte Kapitalerhöhungen¹⁶, zum genehmigten Kapital¹⁷, zu vereinfachten Beurkundungsformvorschriften sowie zu Genussrechten und sonstigen Finanzierungsformen¹⁸.

Des Weiteren erschuf der österreichische Gesetzgeber mit der Einführung der FlexCo eine neuartige Form von Geschäftsanteilen, um eine gesetzliche Beteiligungsform am erwarteten Unternehmenserfolg für MitarbeiterInnen zu attraktiven Bedingungen zu schaffen.¹⁹ Mit der Einräumung von UW-Anteilen werden (bis auf wenige Ausnahme) keine Stimmrechte, keine Bezugsrechte und nur eingeschränkte Informationsrechte sowie unter bestimmten Voraussetzungen Mitverkaufsrechte eingeräumt und reicht für deren Übernahme oder Übertragung die Einhaltung der Schriftform aus.²⁰ In der Literatur wird diese „*Beteiligungsform sui generis*“²¹ jedoch teils kritisch als eine „*Art Frankenstein aus Versatzstücken aus der Vertragspraxis*“ bezeichnet, deren Bestimmungen mitunter unklar, lückenhaft und umgehungsanfällig sind.²²

Als weitere Neuerung sieht das FlexKapG²³, neben den im öGmbHG²⁴ geregelten Fällen weitere Bestimmungen betreffend die Pflicht zur Bestellung

¹³ ErlRV 2320 BlgNR 27. GP, 15.

¹⁴ Vgl. § 6 Abs 1 zweiter Satz GmbHG idF BGBl. I Nr. 179/2023, welcher aufgrund des allgemeinen Verweises in § 1 Abs 2 FlexKapGG auch für die FlexCo Anwendung findet.

¹⁵ ErlRV 2320 BlgNR 27. GP, 15; Art 2 Z 5 GesRÄG 2023.

¹⁶ § 19 FlexKapGG.

¹⁷ § 21 FlexKapGG.

¹⁸ § 22 FlexKapGG.

¹⁹ ErlRV 2320 BlgNR 27. GP, 1.

²⁰ *Eckert/Sternig*, Unternehmenswertanteile, ecolex 2023, 917.

²¹ ErlRV 2320 BlgNR 27. GP, 7.

²² *Eckert/Sternig*, ecolex 2023, 917 (922).

²³ § 6 FlexKapGG.

²⁴ § 29 Abs 1 öGmbHG.

eines Aufsichtsrates vor, sodass diese im Vergleich zur öGmbH „früher“ einsetzt, was mitunter als wesentlicher Nachteil der FlexCo angesehen wird.²⁵

2 Forschungsstand

2.1 Zum Hintergrund der Flexiblen Kapitalgesellschaft

Bei der FlexCo handelt es sich aufgrund des allgemeinen Verweises in § 1 Abs 2 FlexKapG auf die Rechtsvorschriften des öGmbHG und andere für öGmbHs geltende Vorschriften²⁶, sofern im FlexKapG keine abweichenden Regelungen getroffen werden, um eine neuartige Hybridform²⁷. Während der Grundcharakter durch die Vorschriften der öGmbH bestimmt wird, zeichnet sich deren Sonderform durch eine punktuelle Vereinfachung sowie der Übernahme von Prinzipien aus dem Recht der öAGs und der Personengesellschaften, dem Recht der *societas europaea* sowie aus dem ausländischen Gesellschaftsrecht aus.²⁸ Anhand der vorhandenen Rechtsprechung und wissenschaftlichen Aufarbeitung zu diesen bestehenden Rechtsformen soll eine höhere Rechtssicherheit und damit Akzeptanz sowie eine erleichterte Anwendung und Anpassung beim Formwechsel zwischen Gesellschaftstypen erreicht werden.²⁹

Wie sich bereits aus dem Namen ableiten lässt, soll die FlexCo den Gesellschaftern mehr Flexibilität und Gestaltungsrahmen geben und handelt es sich hierbei um die erste österreichische Kapitalgesellschaftsform, welche nicht direkt aus dem deutschen Recht übernommen bzw auf dessen Grundlage

²⁵ A. Reich-Rohrwig/Kinsky/Kurz in Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky, Rz 1.7.

²⁶ Insb das öAktG, das Umwandlungsgesetz, das Spaltungsgesetz, das Gesellschafterausschlussgesetz und das Kapitalberichtigungsgesetz; vgl. A. Reich-Rohrwig/Kinsky/Kurz in Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky, FN 7.

²⁷ ErlRV 2320 BlgNR 27. GP, 1; siehe zur Untersuchung der Auslegung des FlexKapGG in Rastegar, Subsidiäres GmbH-Recht und Auslegung, *ecolex* 2023/571, 909.

²⁸ Werdnik, Der Gesetzesentwurf zur Flexiblen Kapitalgesellschaft, Aufsichtsrataktuell 2023, 103; A. Reich-Rohrwig/Kinsky/Kurz in Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky, Rz 1.2; siehe zur tabellarischen Übersicht der wesentlichen Unterschiede und identen Regelungsbereiche von FlexCos, öGmbHs und öAGs in Arnold, Vergleich der FlexCo mit der GmbH und der AG, *GesRZ* 2024, 32.

²⁹ Reich-Rohrwig/Kinsky/Kraus, *Austrian Limited*, 45; Dilenge, *IWRZ* 2023, 107; Fleischer/Pendl, *GmbHR* 2024, 174 (175), Rz 4.

geschaffen wurde.³⁰ Aus diesem Grund besteht auch in Deutschland Interesse an der Neuschaffung und Entwicklung dieser neuen Gesellschaftsform.³¹ So werden im Vergleich zum deutschen GmbH-Recht insb die neuen Regelungen betreffend das bedingte und genehmigte Kapital, die sonstigen Finanzierungsformen und die UW-Anteile als erwähnenswert bezeichnet.³²

2.2 Zum Hintergrund der deutschen GmbH und Unternehmergeellschaft

Die dGmbH hatte als „Erfindung“ des deutschen Gesetzgebers aus dem Jahre 1892³³ und damit als Vorlagemodell wesentlichen Einfluss auf die Einführung der öGmbH.³⁴ Zwar sehen weder das dGmbHG³⁵ noch das öGmbHG³⁶ eine gesetzliche Definition der GmbH vor, dennoch können die iW übereinstimmenden Wesensmerkmale aus den verschiedenen gesetzlichen Bestimmungen abgeleitet werden.³⁷ Die dGmbH gilt somit als Pendant zur öGmbH, weshalb sich einerseits das dGmbHG als auch die deutsche Literatur und Judikatur als Quelle für einen Rechtsvergleich eignen.

Wenngleich der Anwendungsbereich sowohl in der österreichischen als auch in der deutschen Wirtschaft breit angelegt ist – so wurde die dGmbH schon vom historischen deutschen Gesetzgeber als Universalinstrument geschaffen, das es

³⁰ Told, GASTEDITORIAL, ÖJZ 2023, 881.

³¹ *Fleischer/Pendl*, GmbHR 2024, 174, Rz 1; *Heinrich-Pendl/Pendl*, „Flexible Kapitalgesellschaft“ - Entwurf einer Start-up-Rechtsform für Österreich, GmbHR 2023, R224; *Fritz*, Eine neue Rechtsform in Österreich: Die Flexible Kapitalgesellschaft - ein praxisnaher Überblick aus österreichischer Sicht, GmbHR 2024, 169.

³² *Fleischer/Pendl*, 174 (186), Rz 49-50.

³³ Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20.04.1892, RGBI 477; *Fastrich* in *Noack/Servatius/Haas*, GmbHG²³ Einleitung Rn. 18; siehe zur Entstehung des österreichischen GmbHG *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen des GmbH-Rechts, 2005, 54 ff.

³⁴ Die Einführung erfolgte mit dem Gesetz vom 06.03.1906 über Gesellschaften mit beschränkter Haftung (RGBI 58); *Straube/Ratka* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG Einführung Rz 10, 22, 23.

³⁵ *Fastrich* in *Noack/Servatius/Haas*, Einleitung Rn. 1.

³⁶ *Straube/Ratka* in *Straube/Ratka/Rauter*, Einführung Rz 1.

³⁷ Vgl. § 13 dGmbHG; 1. und 2. Hauptstück des GmbHG; *Straube/Ratka* in *Straube/Ratka/Rauter*, Einführung Rz 1.

erlaubt, verschiedene (auch nicht gewerbliche) Zwecke auf Dauer zu verfolgen³⁸ –, wird die GmbH besonders von kleinen und mittelständigen Unternehmen als Rechtsform verwendet.³⁹ Insb aufgrund der Haftungsbeschränkung, der (zumindest anfangs) oftmals geringeren Anzahl an GesellschafterInnen, welche auch oft in der Geschäftsleitung der Unternehmen vertreten sind, sowie der individuellen Gestaltungsmöglichkeiten im Innenverhältnis hat die Rechtsform der dGmbH auch für deutsche Start-Ups Beliebtheit erlangt.⁴⁰

Diese Entwicklung wurde zuletzt auch durch das MoMiG⁴¹ weiter vorangetrieben. Reformziel des deutschen Gesetzgebers war (neben neuen Bestimmungen zur Missbrauchsbekämpfung insb iZm Gesellschaftsliquidationen⁴²) insb die Stärkung der Rechtsform der dGmbH im Wettbewerb mit anderen europäischen Gesellschaftsformen, welches durch die Modernisierung und Deregulierung des deutschen GmbH-Rechts erreicht werden sollte.⁴³ Die größte Reform des dGmbHG seit dessen Inkrafttreten erfolgte vor allem in Reaktion auf die EuGH Entscheidungen zur europäischen Niederlassungsfreiheit und dem darauffolgenden, zunehmenden Wettbewerb der Gesellschaftsrechtsformen in Europa.⁴⁴ Denn als Folge dieser Judikaturlinie des EuGH war die die Gründung von Auslandsgesellschaften mit dem tatsächlichen Sitz und alleinigen Tätigkeit in Deutschland ohne Einhaltung der Kapitalaufbringungs- und Kapitalersatzbestimmungen des dGmbHG bzw dAktG möglich, was zu einer

³⁸ *Fleischer* in *Fleischer/Goette*, MüKoGmbHG⁴ Einleitung Rn. 34; vgl. Begründung zum GmbHG, in Verhandlungen des Reichstages, 8. Legislaturperiode 1890/92, Nr. 660, 30; vgl auch § 1 GmbHG: „Gesellschaften mit beschränkter Haftung können nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Gesetzes zu jedem gesetzlich zulässigen Zweck durch eine oder mehrere Personen errichtet werden.“.

³⁹ *Fastrich* in *Noack/Servatius/Haas*, Einleitung Rn. 12; *Straube/Ratka* in *Straube/Ratka/Rauter*, Einführung Rz 11.

⁴⁰ Vgl. [https://www.top50startups.de/know-how/start-up-gruenden/rechtsformen#:~:text=3.-,Wieso%20die%20GmbH%20das%20Mittel%20der%20Wahl%20ist,%20Dups%E2%80%9C%2C%20urteilt%20Rahlf.,](https://social-startups.de/die-perfekte-gesellschaftsform-fuer-startups/) <https://social-startups.de/die-perfekte-gesellschaftsform-fuer-startups/>, jeweils abgerufen am 12.09.2024.

⁴¹ Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen vom 23.10.2008 – BGBl. I 2008, Nr. 48 vom 28.10.2008, S. 2026.

⁴² *Hommelhoff/Bayer/Kleindiek* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG²¹, Einleitung Rn. 22.

⁴³ *Schäfer* in *Bork/Schäfer*, GmbHG⁵, Einleitung Rn. 15.

⁴⁴ Vgl die Selbsteinschätzung des deutschen Gesetzgebers, BT-Drucks. 16/6140, S. 25.

„Gründungswelle“ von englischen Private Company Limited by Shares Gesellschaften (kurz „*Limiteds*“ oder „*Ltd*“) führte.⁴⁵

Im Zuge des MoMiG wurde mit § 5a dGmbHG zudem die UG als mindestkapitalfreie Unter- bzw Sonderrechtsformvariante zur dGmbH⁴⁶ geschaffen, welche es „jungen Existenzgründern“⁴⁷ erleichtern soll, ihre unternehmerische Tätigkeit in einem flexiblen, schnellen, mittels Mustergründungsprotokoll vereinfachten und kostengünstigen Gründungsverfahren aufzunehmen.⁴⁸

3 Zielsetzung der Arbeit und Forschungsfragen

Aufbauend auf dem beschriebenen Interesse aus Deutschland und unter dem Gesichtspunkt der (zumindest vom österreichischen Gesetzgeber beabsichtigten) internationalen Ausrichtung der FlexCo wird im Zuge dieses Masterthesis-Vorhabens ein Rechtsvergleich zwischen der FlexCo und der dGmbH angestrengt. Aufgrund der Vielfältigkeit der möglichen Aspekte, die für einen Vergleich dieser beiden Rechtsformen herangezogen werden können, beschränkt sich die gegenständliche Arbeit auf jene Vorschriften, die die Finanzierung dieser Gesellschaften, die Anteile und daraus abgeleiteten Anteilsrechte betreffen. Dabei erfolgt eine Analyse der mit dem FlexKapGG neugeschaffenen, hybridförmigen Vorschriften zum Kapital, zu den Geschäftsanteilen, zu den sonstigen Finanzierungsformen sowie zur Mitarbeiterbeteiligung im Rechtsvergleich zu den Vorschriften und bisherigen Formen nach deutschem (Gesellschafts-)Recht erfolgen. Dies mit besonderem Blick auf die Vorschriften zur deutschen GmbH und UG.

Aus der Darstellung der Unterschiede werden anschließend die Vorteile der FlexCo sowie allfällig bestehende Schwächen der neuen Bestimmungen des FlexKapG untersucht und anhand dessen eine (Teil-)Bilanz zur Wettbewerbstauglichkeit gezogen.

⁴⁵ *Fastrich* in *Noack/Servatius/Haas*, Einleitung Rn. 38; *Hommelhoff/Bayer/Kleindiek* in *Lutter/Hommelhoff*, Einleitung Rn. 21.

⁴⁶ *Servatius* in *Noack/Servatius/Haas*, § 5a Rn. 1; *Rieder* in *Fleischer/Goette*, § 5a Rn. 1, 58.

⁴⁷ Begr RegE zum MoMiG, BT-Drs. 16/6140, 31.

⁴⁸ *Fleischer* in *Fleischer/Goette*, Einleitung Rn. 123.

4 Stammkapital

Beim Stammkapital handelt es sich um den Grundstock an Vermögenswerten, die der Gesellschaft bei der Gründung in gesetzlich vorgeschriebener Mindesthöhe dauerhaft zur Verfügung gestellt werden müssen. Im Folgenden werden die unterschiedlichen Vorschriften nach dem FlexKapG iVm öGmbHG und dem dGmbHG dargestellt.

4.1 Mindesthöhe nach dem FlexKapGG

Das FlexKapG enthält keine gesonderten Regelungen betreffend die Höhe des Mindeststammkapitals einer FlexCo, sodass die Regelungen des öGmbHG zur Anwendung gelangen.⁴⁹ Aufgrund der Zielsetzung des GesRÄG 2023 wurde das gesetzliche Mindeststammkapital für die öGmbH von EUR 35.000 auf EUR 10.000 abgesenkt und analog hierzu auch der mindestens einzuzahlende Betrag von EUR 17.500 auf EUR 5.000 reduziert.⁵⁰ Nach der Einschätzung des Gesetzgebers bewegt sich Österreich damit im europäischen Vergleich im mittleren Bereich der Kapitalanforderungen⁵¹.

Gleichzeitig trat die gesetzliche Regelung (§ 10b GmbHG) betreffend die Gründungsprivilegierung außer Kraft, sodass die Errichtung einer neuen öGmbH (bzw FlexCo) mit Gründungsprivilegierung nun nicht mehr möglich bzw notwendig ist.⁵²

4.2 Mindesthöhe nach dem dGmbHG und Sonderbestimmungen der Unternehmergesellschaft

Das Stammkapital einer dGmbH muss mindestens EUR 25.000 betragen⁵³, wobei zumindest die Hälfte des Mindeststammkapitals, sohin EUR 12.500

⁴⁹ § 6 Abs 1 Satz 1 und § 9a Abs 2 GmbHG iVm § 1 Abs 2 FlexKapGG.

⁵⁰ ErIRV 2320 BlgNR 27. GP, 15.

⁵¹ ErIRV 2320 BlgNR 27. GP, 2.

⁵² ErIRV 2320 BlgNR 27. GP, 15f. Für bestehende gründungsprivilegierte Gesellschaften findet sich in § 127 Abs 29 öGmbHG eine Übergangsvorschrift, nach der § 10b öGmbHG weiterhin anwendbar bleibt und es trotz Zeitablauf (10 Jahre nach der Eintragung im Firmenbuch) nicht zu einer Beendigung der Gründungsprivilegierung kommt. Ab dem 01.11.2024 gilt jedoch eine Eintragungssperre für geänderte Gesellschaftsverträge im österreichischen Firmenbuch, die keine Beendigung der Gründungsprivilegierung vorsehen (vgl. § 127 Abs 29 öGmbHG).

⁵³ § 5 Abs 1 dGmbHG.

einbezahlt werden muss.⁵⁴

Ursprüngliche Pläne des deutschen Gesetzgebers das Mindeststammkapital auf EUR 10.000 herabzusetzen, wurden aufgegeben und wurde stattdessen neben „regulären“ Variante der dGmbH mit dem MoMiG die UG als eine zusätzliche Rechtsformvariante geschaffen.⁵⁵ Auf diese finden weiterhin die Vorschriften der dGmbH und das sonstige Gesellschaftsrecht Anwendung, wobei die Sonderregelungen des § 5a dGmbHG vorrangig zu beachten sind.⁵⁶ Als Spezifikum kommen jedoch die Vorschriften zur Mindeststammkapitalhöhe nach § 5 Abs 1 dGmbHG nicht zur Anwendung, stattdessen kann (und muss) ein Stammkapital zwischen EUR 1 und EUR 24.999 gewählt werden.⁵⁷

Dem aufgrund des fehlenden Mindeststammkapitals verringerten Gläubigerschutzes wird nach dem dGmbHG durch folgende zwei Schutzmechanismen entgegengetreten:⁵⁸

Einerseits muss die Gesellschaft in ihrem Firmennamen abweichend von § 4 dGmbHG zwingend die Bezeichnung „Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)“ oder „UG (haftungsbeschränkt)“ führen.⁵⁹

Andererseits ist die UG verpflichtet, eine gesetzliche Rücklage⁶⁰ zu bilden, in die ein Viertel des um einen Verlustvortrag aus dem Vorjahr geminderten Jahresüberschusses einzustellen ist.⁶¹ Hierdurch soll ein natürliches Anwachsen der Eigenkapitalausstattung aus dem unternehmerischen Erfolg der UG erzielt werden.⁶² Die zu bildende gesetzliche Rücklage darf nur zur Umwandlung in

⁵⁴ § 7 Abs 2 zweiter Satz dGmbHG.

⁵⁵ Dies, um das Ansehen der GmbH als seriöse Rechtsform nicht zu gefährden, vgl. Begr RegE, BT-Drucks. 16/9737, S. 55; *Seibert*, GmbHR 2007, 673, 677; *Schäfer* in *Bork/Schäfer*, Einleitung Rn 2, 19.

⁵⁶ *Rieder* in *Fleischer/Goette*, § 5a Rn. 1.

⁵⁷ Vgl § 5a Abs 1 dGmbH; *Schäfer* in *Bork/Schäfer*, § 5a Rn. 13.

⁵⁸ *Rieder* in *Fleischer/Goette*, § 5a Rn. 1.

⁵⁹ § 5a Abs 1 dGmbHG. Siehe zu den Rechtsfolgen, wenn der Rechtsformzusatz fehlerhaft verwendet, weggelassen oder durch einen anderen ersetzt wird, *Rieder* in *Fleischer/Goette*, § 5a Rn. 17ff.

⁶⁰ Siehe § 266 Abs 3 Unterpunkt A.III. deutsches Handelsgesetzbuch.

⁶¹ § 5a Abs 3 erster Satz dGmbHG. Als Sonderform einer dGmbH ist die UG zur Erstellung eines Jahresabschlusses nach §§ 6, 238 HGB verpflichtet.

⁶² *Servatius* in *Noack/Servatius/Haas*, § 5a Rn. 30.

Stammkapital⁶³, zum Ausgleich eines Jahresfehlbetrages, soweit er nicht durch einen Gewinnvortrag aus dem Vorjahr gedeckt ist, sowie zum Ausgleich eines Verlustvortrags aus dem Vorjahr, soweit er nicht durch einen Jahresüberschuss gedeckt ist, herangezogen werden.⁶⁴ Im Gegensatz zur dAG⁶⁵ besteht die Thesaurierungspflicht ohne betragliche bzw zeitliche Obergrenze, sodass diese auch dann nicht aufgehoben wird, wenn das Stammkapital der UG samt der gesetzlichen Rücklage die Höhe des Mindeststammkapitals nach § 5 dGmbHG erreicht oder übersteigt.⁶⁶

Anstelle der Pflicht der Geschäftsführung, im Falle des Verlusts in Höhe der Hälfte des Stammkapitals eine außerordentliche Gesellschafterversammlung einzuberufen⁶⁷, muss diese bei der UG bereits bei drohender Zahlungsunfähigkeit⁶⁸ unverzüglich einberufen werden.⁶⁹ Sollte aus der unterbliebenen Gesellschafterversammlung der Gesellschaft ein Schaden entstanden sein, führt dies zu einer Schadenersatzpflicht der Geschäftsführung nach § 43 Abs 2 dGmbHG, jedoch nicht auch zu einer Strafbarkeit nach § 84 Abs 1 dGmbHG (Analogieverbot).⁷⁰

Ein Ende der Pflicht zur Einstellung der gesetzlichen Rücklage tritt ein und kommen auch die übrigen Sondervorschriften des § 5a dGmbHG nicht mehr zur Anwendung, wenn die UG durch die Erhöhung ihres Stammkapitals auf den Mindestbetrag von EUR 25.000 in eine „reguläre“ GmbH übergeht.⁷¹ Es besteht

⁶³ Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln nach § 57c Abs 1 dGmbHG.

⁶⁴ § 5a Abs 3 zweiter Satz Nr. 1-3 dGmbHG; *Rieder in Fleischer/Goette*, § 5a Rn. 30.

⁶⁵ Vgl § 15 Abs 2 dAktG.

⁶⁶ *Rieder in Fleischer/Goette*, § 5a Rn. 31; *Servatius in Noack/Servatius/Haas*, § 5a Rn. 21.

⁶⁷ Vgl § 49 Abs 3 dGmbHG.

⁶⁸ Diese besteht, wenn die Gesellschaft voraussichtlich nicht in der Lage sein wird, die bestehenden Zahlungspflichten im Zeitpunkt der Fälligkeit zu erfüllen (§ 18 Abs 2 deutsche Insolvenzordnung).

⁶⁹ § 5a Abs 4 dGmbHG.

⁷⁰ *Rieder in Fleischer/Goette*, § 5a Rn. 39; *Servatius in Noack/Servatius/Haas*, § 5a Rn. 28.

⁷¹ § 5a Abs 5 dGmbHG; trotz „Umformung“ zur „regulären“ GmbH kann entweder der Firmenzusatz nach § 5a Abs 1 dGmbHG beibehalten werden oder eine Umfirmierung durch Satzungsänderung stattfinden (siehe § 5a Abs 5 letzter Halbsatz dGmbHG; *Rieder in Fleischer/Goette*, § 5a Rn. 47).

jedoch keine Verpflichtung zur Durchführung einer Kapitalerhöhung⁷² und besteht auch Freiheit der Gesellschafter in der Auswahl, ob die Erhöhung aus der nach § 5a Abs 3 GmbH zu bildenden Rücklage, aus anderen Rücklagen, gegen zusätzliche Einlagen oder aus einer Kombination hieraus durchgeführt wird.⁷³

IZ dieses Vorgangs findet weder ein Rechtsformwechsel noch eine Umwandlung statt, sondern geht die durch § 5a dGmbHG gesetzlich beschränkte Sonderrechtsformvariante der dGmbH identitätswahrend und steuerneutral zur uneingeschränkten „regulären“ dGmbH über.⁷⁴

4.3 Fazit

Zusammenfassend zeigt sich, dass Österreich und Deutschland unterschiedliche Ansätze zur Kapitalstruktur von GmbHs verfolgen, wobei Deutschland mit der UG neben der „regulären“ GmbH zumindest im Anfangsstadium eine flexiblere Gründungsoption bietet, während Österreich durch die allgemeine Reduktion des Mindestkapitals insgesamt günstigere Gründungsbedingungen sowohl für die FlexCo als auch für die öGmbH schafft.

Die Absenkung der Mindestkapitalvoraussetzungen bringt sowohl Vor- als auch uU Nachteile mit sich. Als Vorteil gilt insb der erleichterte Marktzugang, da die Gründung einer FlexCo mit einem geringeren Stammkapital und mit einer Mindestbareinlage von EUR 5.000 möglich ist, womit eine Attraktivierung des österreichischen Wirtschaftsstandorts einhergehen kann.⁷⁵ Weiters ergeben sich hieraus Erleichterungen bei der Körperschaftssteuer.⁷⁶

⁷² Für die Kapitalerhöhung und der gleichzeitig notwendigen Satzungsänderung bedarf es eines Gesellschafterbeschlusses mittels Dreiviertelmehrheit sowie der notariellen Beurkundung (§ 53 Abs 1 und 2 dGmbHG). Für den Fall, dass die Rücklage das Mindeststammkapital deutlich übersteigt, wird mitunter aus der Treuepflicht der Gesellschafter ein Gebot zur Mitwirkung argumentiert (vgl. *Rieder in Fleischer/Goette*, § 5a Rn. 32; ablehnend *Altmeppen in Altmeppen*, GmbHG¹¹, § 5a Rn 45).

⁷³ *Rieder in Fleischer/Goette*, § 5a Rn. 41.

⁷⁴ OLG Celle BeckRS 2017, 140459, Rn. 7; *Rieder in Fleischer/Goette*, § 5a Rn. 40; *Servatius in Noack/Servatius/Haas*, § 5a Rn. 32.

⁷⁵ *Ludvik/Grabmayr*, SWK 26/2023, 1015 (1016); ErlRV 2320 BlgNR 27. GP, 2.

⁷⁶ Die Mindestkörperschaftssteuer, die auch im Falle eines Verlustes abzuführen ist, beträgt bei einem Mindeststammkapital von EUR 10.000 seit 1.1.2024 sohin EUR 500; vgl. <https://www.usp.gv.at/steuern-finanzen/koerperschaftsteuer->

Ein geringeres Mindeststammkapital kann sich jedoch auch nachteilig auf die Sicherheit von Gläubigern auswirken, da hiermit die Schwelle, bis zu der eine Ausschüttung im Falle von Gewinnen erfolgen kann, sohin der in der Gesellschaft verbleibende Haftungsfonds für die Gläubiger, niedriger angesetzt wird.⁷⁷

Der Umstand, dass gesetzlich ein geringeres Kapital vorgeschrieben wird, bedeutet zudem nicht, dass für die unternehmerische Tätigkeit einer Gesellschaft keine ausreichenden Vermögenswerte eingebracht werden müssen, um den Geschäftsbetrieb zu starten bzw am Laufenden halten zu können. Oftmals wird auch die Aufnahme von Fremdgeldern ohne ausreichendes Vermögen (sofern nicht ohnedies zusätzliche Sicherheiten wie Bürgenhaftungen der Gesellschafter bzw Geschäftsführer bestellt werden müssen) nicht möglich sein.

Darüber hinaus kann ein reduziertes Mindeststammkapital auch ein höheres Insolvenzrisiko bewirken bzw bei finanziellen Engpässen eine Nachschusspflicht der Gesellschafter auslösen, um eine Zahlungsunfähigkeit bzw Überschuldung zu verhindern.⁷⁸ Ein Aufleben der von der Judikatur⁷⁹ entwickelten Durchgriffshaftung der Gesellschafter wegen „qualifizierter“ oder „materieller Unterkapitalisierung“ aufgrund der nunmehrigen Herabsetzung des aufzubringenden Haftungsfonds wird jedoch abzulehnen bzw auf (theoretische) Fälle einer sittenwidrigen Schädigung gemäß § 1295 Abs 2 ABGB beschränkt sein.⁸⁰

Gegenüber der FlexCo wird bei der UG ein geringeres Mindeststammkapital von

[ueberblick/koerperschaftsteuerpflicht.html#:~:text=Die%20Mindestk%C3%B6rperschaftsteuer%20wird%20anhand%20der,und%20ist%20viertelj%C3%A4hrlich%20zu%20entrichten.](https://www.parlament.gv.at/dokument/XXIV/SNME/12237/imfname_301219.pdf)

abgerufen am 06.12.2024.

⁷⁷ Vgl hierzu bereits die kritische Stellungnahme vom 22.04.2013 von in *Rüffler*, Stellungnahme GesRÄG 2013, 2, abgerufen unter https://www.parlament.gv.at/dokument/XXIV/SNME/12237/imfname_301219.pdf am 06.12.2024.

⁷⁸ Vgl zur kritischen Stellungnahme betreffend die Reduzierung des Mindeststammkapitals in *Steiner*, Zum Entwurf einer Flexiblen Kapitalgesellschaft - wirtschaftliche Parameter, Individual- und Minderheitenrechte, *Steiner*, Zum Entwurf einer Flexiblen Kapitalgesellschaft - wirtschaftliche Parameter, Individual- und Minderheitenrechte, GES 2023, 216 (217).

⁷⁹ Vgl OGH 8 Ob 629/92; 8 ObA 98/00w; 6 Ob 313/03b; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz³ (2007) § 61 Rz 35.

⁸⁰ *Trenker*, Gläubigerschutz und Insolvenz der FlexCo, ZIK 2024/43, 48 (49) mwN.

EUR 1 vorgeschrieben, sodass hierin eine noch weitergehende Erleichterung gesehen werden kann. Allerdings ist die zeitlich und betraglich unbegrenzte Pflicht zur Einstellung einer gesetzlichen Rücklage, welche nur in den gesetzlich vorgegeben Fällen verwendet werden darf, als Gegenpol zum ansonsten fehlenden Haftungsfonds anzuführen. Um diese Verpflichtung zu beenden, besteht nur die Möglichkeit, die UG durch eine Kapitalerhöhung in eine „reguläre“ dGmbHG überzuführen, wobei aufgrund der dabei notwendig werdenden Satzungsänderungen und den einzuhaltenden Formvorschriften⁸¹ zusätzliche Kosten entstehen.

5 Erhöhung des Stammkapitals

Für Kapitalgesellschaften bestehen verschiedene Maßnahmen, wie insb die ordentliche/effektive⁸² bzw die nominelle⁸³ Kapitalerhöhung sowie die ordentliche⁸⁴ und vereinfachte⁸⁵ Kapitalherabsetzung, um Veränderungen hinsichtlich der Höhe als auch der Struktur des Eigenkapitals herbeizuführen.

Da die Aufnahme von Fremdkapital für Start-Ups, etwa durch Bankkredite, idR aufgrund der fehlenden Bonität bzw eigenem Vermögen nicht oder nur unter erschwerten Voraussetzungen möglich ist und oftmals auch noch kein ausreichender eigener Umsatz generiert werden kann, sind Start-Ups regelmäßig auf Eigenkapitalinvestitionen angewiesen.⁸⁶ Aufgrund der besonderen Relevanz für Start-Ups werden im Folgenden daher die Unterschiede der ordentlichen/effektiven Kapitalerhöhung nach österreichischem

⁸¹ Siehe hierzu unten in Punkt 5.2.

⁸² Hierbei wird das Stammkapital durch neues Vermögen erhöht; siehe hierzu §§ 52, 53 öGmbHG sowie §§ 55, 56-57a dGmbHG.

⁸³ Hierbei wird das Stammkapital durch Gesellschaftsmittel in Form der Umbuchung von offenen Rücklagen in Stammkapital erhöht; siehe das österreichische Kapitalberichtigungsgesetz (BGBl 1967/171) sowie §§ 57c-57o dGmbHG; *Kinsky/Kurz* in *Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky*, FN 1814.

⁸⁴ Durch diese wird ein Abbau nicht benötigter Eigenmittel, erreicht; siehe §§ 54-58 öGmbHG sowie § 58 dGmbHG; *Völkl* in *Straube/Ratka/Rauter*, § 54 Rz 3.

⁸⁵ Hierbei kommt es zu einer Sanierung der Gesellschaft durch Abdeckung von Bilanzverlusten; §§ 59, 60 öGmbHG sowie §§ 58a-58f GmbHG; *Völkl* in *Straube/Ratka/Rauter*, § 54 Rz 3.

⁸⁶ *Kinsky/Kurz*, Finanzierungsrunden bei der Flexiblen Kapitalgesellschaft, *ecolex* 2023/572, 912.

und deutschem Recht dargestellt.⁸⁷

5.1 Grundsätze nach dem FlexKapGG

Nachdem das FlexKapG keine besonderen Vorschriften für die Kapitalerhöhung bzw für die Kapitalherabsetzung bei der FlexCo vorsieht, gelten für diese die Vorschriften der §§ 52 bis 60 öGmbHG.⁸⁸

Die ordentliche/effektive Kapitalerhöhung kann in Form einer Bar- und Sacheinlage⁸⁹ oder auch in einer Mischform erfolgen. In der Startup-Praxis sind, sofern im Einzelfall von Investoren keine für den Unternehmensbetrieb wesentliche Sachmittel zugeführt werden, Barkapitalerhöhungen aufgrund der vergleichsweise geringeren Kosten und dem Bedarf an Geldmitteln idR von höherer Bedeutung.

Die Sacheinlage dient dem Zweck des originären Erwerbs von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft, wobei die von GesellschafterInnen zu leistende Einlage auf das Stammkapital nicht in barem Geld, sondern „auf eine andere Weise“ bzw in anderer Form geleistet wird.⁹⁰ Für die Durchführung einer gänzlichen oder teilweisen Sachkapitalerhöhung muss ein bilanz- bzw. aktivierungsfähiger Vermögenswert bestehen.⁹¹ Zudem ist von der Geschäftsführung ein Kapitalerhöhungsbericht zu erstellen. Erreicht der Wert einer Sacheinlage im Zeitpunkt der Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung in das Firmenbuch nicht den Betrag der dafür übernommenen Stammeinlage, so haftet der Gesellschafter für den Differenzbetrag und hat eine Einlage in Geld zu leisten.⁹² Die Einbringung einer Sacheinlage muss bei sonstiger Nichtigkeit des Kapitalerhöhungsbeschlusses ausdrücklich und in der Tagesordnung fristgemäß angekündigt worden sein.⁹³ Zudem sind im Gesellschaftsvertrage die Person

⁸⁷ Die nominelle Kapitalerhöhung sowie die Kapitalherabsetzung sind zumindest in der Anfangsphase von Start-Ups kaum von Bedeutung; vgl *Kinsky/Kurz* in *Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky*, Rz 12.19.

⁸⁸ *Kinsky/Kurz* in *Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky*, Rz 12.2.

⁸⁹ Siehe hierzu den Verweis in § 52 Abs 6 öGmbH auf §§ 6, 6a, 10 und 10a öGmbHG.

⁹⁰ *Koppensteiner/Rüffler*³, § 6 Rz 12; *van Husen* in *Straube/Ratka/Rauter*, § 6 Rz 131.

⁹¹ *Koppensteiner/Rüffler*³, § 6 Rz 15.

⁹² § 10a Abs 1 öGmbHG.

⁹³ § 1 Abs 2 FlexKapGG iVm § 52 Abs 6 öGmbHG.

des/r Gesellschafters/in, der Gegenstand der Übernahme, der Geldwert, wofür die Vermögensgegenstände übernommen werden, und die besonders eingeräumten Begünstigungen im Einzelnen genau und vollständig festzusetzen.⁹⁴

Wie auch schon bisher bei der öGmbH⁹⁵ besteht die Möglichkeit, eine Höchstbetragskapitalerhöhung zu beschließen. Hierbei wird eine Kapitalerhöhung beschlossen, bevor der endgültige Investorenkreis sowie die tatsächliche Höhe der übernommenen Stammeinlagen feststeht und wird es der Geschäftsführung innerhalb einer Durchführungsfrist von maximal sechs Monaten ermöglicht, mit den Investoren zu verhandeln und diese zur Kapitalerhöhung zuzulassen („*Rolling Close*“).⁹⁶ Die Kapitalerhöhung kann auch dann in das Firmenbuch eingetragen werden, wenn das erhöhte Kapital nicht zur Gänze übernommen wird.⁹⁷

Die Höhe des Stammkapitals muss im Gesellschaftsvertrag bestimmt werden⁹⁸, sodass eine Kapitalerhöhung sowohl einen Beschluss in Bezug auf deren Durchführung als auch auf Abänderung des Gesellschaftsvertrags voraussetzt.⁹⁹ Für einen wirksamen Beschluss muss eine Gesellschafterversammlung abgehalten werden, ein Umlaufbeschluss reicht nicht aus.¹⁰⁰ Zudem muss der Beschluss notariell beurkundet werden¹⁰¹ oder kann von sämtlichen Gesellschaftern ein Notariatsakt mit einstimmiger Willenserklärung über die Kapitalerhöhung errichtet werden.¹⁰²

Da eine Kapitalerhöhung eine Abänderung des Gesellschaftsvertrages voraussetzt, kann diese nur mit einer Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen beschlossen werden, sofern der Gesellschafts- oder allfälliger Syndikatsvertrag kein höheres Mehrheitsquorum oder andere Erfordernisse, wie

⁹⁴ § 6 Abs 4 öGmbHG.

⁹⁵ Billek/Ettmayer/Ratka/Jost in Straube/Ratka/Rauter, § 52 Rz 27.

⁹⁶ Kinsky/Kurz in Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky, Rz 12.12.

⁹⁷ Koppensteiner/Rüffler³, § 52 Rz 8.

⁹⁸ § 1 Abs 2 FlexKapGG iVm § 4 öGmbHG.

⁹⁹ § 1 Abs 2 FlexKapGG iVm § 52 Abs 1 öGmbHG.

¹⁰⁰ Billek/Ettmayer/Ratka/Jost in Straube/Ratka/Rauter, § 52 Rz 14 mwN.

¹⁰¹ § 1 Abs 2 FlexKapGG iVm § 49 Abs 1 öGmbHG.

¹⁰² Billek/Ettmayer/Ratka/Jost in Straube/Ratka/Rauter, § 52 Rz 20.

bspw die ausdrückliche Zustimmung bestimmter Investoren(-gruppen), vorsieht.¹⁰³

Im Zuge einer Kapitalerhöhung können neue Geschäftsanteile und/oder neue UW-Anteile¹⁰⁴ ausgegeben werden. Bei der Ausgabe neuer Stückanteile kommt es nicht zu einer Anwachsung zum bisher bestehenden Geschäftsanteil, sondern handelt es sich um einen gesonderten Stückanteil, über die Gesellschafter/innen getrennt verfügen können.¹⁰⁵

Sofern im Gesellschaftsvertrag oder Erhöhungsbeschluss nichts anderes vereinbart wird, haben die bisherigen GesellschafterInnen ein Vorrecht zur Übernahme der neuen Stammeinlagen nach dem bisherigen Beteiligungsverhältnis, welches binnen vier Wochen ab dem Tag der Beschlussfassung ausgeübt werden kann.¹⁰⁶ Ein Ausschluss des Bezugsrechts im Kapitalerhöhungsbeschluss muss sachlich gerechtfertigt sein.¹⁰⁷ Eine sachliche Rechtfertigung wäre etwa bei Eintritt eines strategischen Investors denkbar, der eine Sacheinlage einbringt oder einen marktgerechten Übernahmepreis (sohin Nominale plus Agio/Aufgeld bzw Gesellschafterzuschuss¹⁰⁸) leistet und diese Leistungen nicht auch durch bestehende Gesellschafter eingebracht werden können.¹⁰⁹

Demgegenüber haben UW-Berechtigte, sofern diese im Gesellschaftsvertrag¹¹⁰

¹⁰³ § 1 Abs 2 FlexKapGG iVm § 50 Abs 1 öGmbHG; *Kinsky/Kurz in Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky*, Rz 12.6; *Billek/Ettmayer/Ratka/Jost in Straube/Ratka/Rauter*, § 52 Rz 17.

¹⁰⁴ Aufgrund der gesetzlichen Anordnung des § 9 Abs 1 FlexKapGG, dürfen diese (unter Berücksichtigung der bereits früher ausgegeben UW-Anteile) jedoch nur in einem Ausmaß ausgegeben werden, das 25% des Stammkapitals nicht erreicht (sohin bis zu insgesamt 24,999...%); *Kinsky/Kurz in Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky*, Rz 12.6.

¹⁰⁵ § 13 dritter Satz FlexKapGG; siehe hierzu im Detail unten in Punkt 7.1.

¹⁰⁶ § 1 Abs 2 FlexKapGG iVm § 52 Abs 3 öGmbHG.

¹⁰⁷ Notwendig ist ein im Gesellschaftsinteresse gelegenes Ziel, die Eignung zur Zielerreichung, dass der Ausschluss das gelindeste Mittel darstellt und ein Überwiegen der Interessen der Gesellschaft gegenüber jenen des ausgeschlossenen Gesellschafters (Verhältnismäßigkeit); *Billek/Ettmayer/Ratka/Jost in Straube/Ratka/Rauter*, § 52 Rz 58ff.

¹⁰⁸ *Kinsky/Kurz*, *ecolex* 2023/572, 912.

¹⁰⁹ *J. Reich-Rohrwig/Kinsky/Kurz in Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky*, Rz 8.9.

¹¹⁰ § 9 Abs 2 letzter Satz FlexKapGG.

oder in Bezug auf eine konkrete Kapitalerhöhung im Gesellschafterbeschluss¹¹¹ nicht ausdrücklich zur Übernahme zugelassen werden, kein Vorrecht zur Übernahme neuer Stammeinlagen oder neuer UW-Anteile. Weiters besteht die Möglichkeit, das Bezugsrecht nur in Hinblick auf neu ausgegebene UW-Anteile einzuräumen oder nur jüngere UW-Berechtigte derselben Gattung¹¹² zur Übernahme neuer Stammeinlagen oder UW-Anteile zuzulassen.¹¹³

Grundsätzlich bedarf es der Zustimmung aller betroffenen UW-Berechtigten, sofern ein Gesellschafterbeschluss auch eine Änderung der Rechte der UW-Beteiligten nach § 9 Abs 3 FlexKapG oder eine Umwandlung von UW-Anteilen in Geschäftsanteile nach § 9 Abs 9 FlexKapG bewirken.¹¹⁴ Dies gilt jedoch nur für Verschlechterungen, die über die durch das Hinzutreten neuer gewinnberechtigter Anteile bewirkte Verwässerung der bisher ausgegebenen UW-Anteile im Zuge einer Kapitalerhöhung hinausgeht.¹¹⁵ Eine relevante Verschlechterung liegt sohin nicht vor, wenn durch eine Kapitalerhöhung gleichrangige Geschäftsanteile und/oder UW-Anteile ausgegeben werden.¹¹⁶

Eine Zustimmung ist zudem ausnahmsweise dann nicht erforderlich, sofern im Gesellschaftsvertrag die Gleichbehandlung der UW-Beteiligten mit den Gründungsgesellschaftern in Bezug auf die Gewinnverteilung und die Beteiligung am Liquidationserlös vorgesehen sowie bei Einräumung der UW-Anteile ein ausdrücklicher Änderungsvorbehalt erklärt wurde, nach dem späteren Anteilsklassen vorrangige Rechtspositionen eingeräumt werden können.¹¹⁷ Durch Erfüllung dieser Voraussetzungen soll es Start-Ups ermöglicht werden, insb die in der Praxis üblichen Liquidationspräferenzen für später hinzukommende Investoren auch ohne (bzw. mit vorweggenommener)

¹¹¹ *Rastegar/Rastegar/Rastegar in Rastegar/Rastegar/Rastegar*, FlexKapGG-ON^{1.00} § 9 Rz 81.

¹¹² Siehe zum Prinzip der selbstbestimmten Schaffung von Anteilsklassen unten in Punkt 7.1; auch *Rastegar/Rastegar/Rastegar in Rastegar/Rastegar/Rastegar*, § 9 Rz 23.

¹¹³ *Rastegar/Rastegar/Rastegar in Rastegar/Rastegar/Rastegar*, § 9 Rz 79.

¹¹⁴ § 9 Abs 5 FlexKapGG.

¹¹⁵ *Eckert/Sternig*, ecolex 2023/573, 917 (918 f).

¹¹⁶ *J. Reich-Rohrwig/Kinsky/Kurz in Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky*, Rz 8.9.

¹¹⁷ ErlRV 2320 BlgNR 27. GP, 6; siehe hierzu auch unten in Punkt 9.2; *Rastegar/Rastegar/Rastegar in Rastegar/Rastegar/Rastegar*, § 9 Rz 177.

Einwilligung der UW-Beteiligten zu gewähren.¹¹⁸

Für die Übernahme von im Zuge einer Kapitalerhöhung neu ausgegebenen Geschäftsanteilen¹¹⁹ (und gegebenenfalls der gleichzeitig abzugebenden Beitrittserklärung) besteht für die FlexCo im Vergleich zur öGmbHG¹²⁰, bei der zwingend die Errichtung eines Notariatsakts vorgeschrieben wird, eine Formerleichterung. Diese können alternativ auch in der Form abgeschlossen werden, dass ein/e NotarIn oder ein/e RechtsanwältIn, der/die dabei die Zulässigkeit der Erklärung zu überprüfen und die Partei über die Rechtsfolgen ihrer Erklärung zu belehren hat, eine Privaturkunde¹²¹ darüber errichtet (im Folgenden „*anwaltliche oder notarielle Privaturkunde*“).¹²²

Den/die NotarIn oder RechtsanwältIn treffen bei der Errichtung bestimmte Pflichten, etwa die Belehrung der Parteien über die Rechtsfolgen ihrer rechtsgeschäftlichen Erklärungen, die Zulässigkeits- und Wirksamkeitsvoraussetzungen der Anteilsübertragungen, Prüfungspflichten in Hinblick auf die Zulässigkeit der Übernahmeerklärung (bzw der Anteilsübertragung¹²³) sowie Pflichten zur Prüfung der Identität der Parteien sowie allfälliger Vertreter/innen und deren Vertretungsbefugnis.¹²⁴ Über die Belehrung ist in der anwaltlichen oder notariellen Privaturkunde eine entsprechende Dokumentation mitaufzunehmen und muss diese im anwaltlichen Urkundenarchiv bzw im Urkundenarchiv des Notariats gespeichert werden.¹²⁵

Da für anwaltliche oder notarielle Privaturkunden keine notarielle Beglaubigung von Vollmachten (sowie für ausländische Urkunden allenfalls notwendige Überbeglaubigungen/Apostillen) eingeholt werden müssen, ergibt sich für die

¹¹⁸ ErIRV 2320 BlgNR 27. GP, 7.

¹¹⁹ Demgegenüber genügt für die Übernahme und Übertragung von UW-Anteilen bereits die Einhaltung der Schriftform (§ 9 Abs 6 erster Satz FlexKapGG).

¹²⁰ § 52 Abs 4 öGmbHG.

¹²¹ Hierbei handelt es sich um eine neu geschaffene Formpflicht sui generis, welche auf den bereits bestehenden Vorschriften für (Privat-)Urkunden aufbaut (vgl § 12 Abs 4 FlexKapGG iVm § 5a NO und § 10 Abs 4 RAO); ErIRV 2320 BlgNR 27. GP, 10.

¹²² § 12 Abs 2 FlexKapGG.

¹²³ Siehe hierzu unten in Punkt 7.1.

¹²⁴ Pitkowitz/Müller in Schneeweiss/Hule, FlexKapGG § 12 Rz 55ff.

¹²⁵ § 12 Abs 4 FlexKapGG.

Praxis eine wesentliche Zeit- sowie Kostenersparnis.¹²⁶ So ist insb eine hybride Errichtung der Urkunde, bei der eine Partei persönlich anwesend ist und unterschreibt und eine andere digital teilnimmt und elektronisch signiert, sowie eine Errichtung im Umlaufweg zulässig, was gerade bei Fällen mit Auslandsbezug Erleichterungen bringt.¹²⁷

Vom Gesetzgeber unbehandelt blieb die Frage, ob die Bevollmächtigung zum Erwerb eines Geschäftsanteils an einer FlexCo (sei es im Wege einer Kapitalerhöhung durch Übernahmeerklärung oder im Wege der Abtretung durch einen Kauf- und Abtretungsvertrag) vollkommen formfrei errichtet werden kann oder ob es auch hier einer bestimmten Errichtungsform bedarf. Hierzu argumentiert *Hartlieb*¹²⁸ überzeugend, dass eine Vollmacht auch weiterhin zumindest einer bestimmten Form der Beurkundung bedarf und dass anstelle der notariellen Beglaubigung der Unterschrift durch einen Notar auch die Errichtung einer Privaturkunde durch einen Notar (nach § 5a NO) oder durch einen Rechtsanwalt (§ 10 Abs 4 RAO) – jeweils in analoger Anwendung – möglich und notwendig ist.¹²⁹

Sofern ein/e NotarIn oder ein/e RechtsanwältIn in einer Angelegenheit selbst beteiligt ist, was etwa dann der Fall ist, wenn er/sie als Vollmachtgeber/in, gesetzliche/r Vertreter/in, Treuhänder/in, Kurator/in oder Testamentsvollstrecker/in (im fremden Namen) einschreitet¹³⁰, darf er/sie nicht Errichter/in der Urkunde sein.¹³¹ Ausgenommen sind bloß beratende oder den Vertrag verfassende NotarInnen oder RechtsanwältInnen.¹³² Der Auftrag zur Vertragserrichtung kann dabei entweder von beiden Vertragsparteien oder auch

¹²⁶ *Kinsky/Kurz* in *Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky*, Rz 12.16.

¹²⁷ *Pitkowitz/Müller* in *Schneeweiss/Hule*, FlexKapGG § 12 Rz 16.

¹²⁸ *Hartlieb/Hartlieb*, Zur Form der Bevollmächtigung bei der FlexCo-Geschäftsanteilsübertragung, *ecolex* 2024/544, 951.

¹²⁹ Demgegenüber sind die Belehrungs- und Prüfungspflichten aus den Bestimmungen § 5a NO und § 10 Abs 4 RAO bei der Beurkundung einer Vollmacht zum Erwerb eines FlexCo-Geschäftsanteils nicht (analog) anzuwenden.

¹³⁰ ErlRV 2320 BlgNR 27. GP, 11.

¹³¹ § 12 Abs 4 FlexKapGG; siehe zu drei Fallbeispielen, wann eine Selbstbeteiligung zu bejahen und wann zu verneinen ist in *Hekele/Durstberger*, Erleichterungen bei Anteilsübertragungen durch das FlexKapGG? - Anwaltsurkunde und Interessenkonflikt, *ecolex* 2023/629, 1022.

¹³² *Kinsky/Kurz* in *Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky*, Rz 12.17.

nur von einer erteilt (und auch entsprechend bezahlt zu) werden, da unabhängig davon gegenüber beiden Vertragsparteien die Belehrungspflichten nach § 12 FlexKapGG erfüllt werden müssen.¹³³ Daneben besteht auch aus standesrechtlicher Perspektive (für NotarInnen nach §§ 5, 5a NO iVm I.4 der STR 2000 und für RechtsanwältlInnen nach §§ 9, 10 RAO iVm §§ 10, 11 und 11a¹³⁴ der RL-BA 2015) jeweils eine Verpflichtung zum (unparteiischen) Wohlverhalten, selbst im Falle der einseitigen Beauftragung.¹³⁵

Eine Kapitalerhöhung muss nach Übernahme sämtlicher neu ausgegebener Stammeinlagen mit deren Einzahlung zum Firmenbuch angemeldet werden¹³⁶ und wird durch die konstitutive Eintragung im Firmenbuch wirksam.¹³⁷ Sofern keine Höchstbetragskapitalerhöhung beschlossen wurde, muss die Summe der übernommenen Stammeinlagen dem Erhöhungsbetrag entsprechen, es müssen jedoch nur die in § 10 öGmbHG vorgesehenen Mindesteinlagen erbracht worden sein (sofern im Kapitalerhöhungsbeschluss nicht auf Volleinzahlung entschieden wurde).¹³⁸

5.2 Grundsätze nach dem dGmbHG

Auf die Kapitalerhöhung kommen grds dieselben Vorschriften wie bei der Gründung zur Anwendung, sodass diese bei der dGmbH ebenfalls durch Bar-, Sach- oder Mischeinlagen erfolgen kann.¹³⁹

Für die Durchführung einer Kapitalerhöhung gegen Sacheinlage muss diese im Kapitalerhöhungsbeschluss sowie in der Übernahmeerklärung unter Angabe

¹³³ *Rastegar in Rastegar/Rastegar/Rastegar*, FlexKapGG-ON^{1.00} § 12 Rz 162.

¹³⁴ Die Pflichten von Rechtsanwälten/innen sowie ein Katalog von Verboten für die Tätigkeit als Urkundenerrichter wurden durch den zuletzt mit Beschluss der Vertreterversammlung des Österreichischen Rechtsanwaltskammertages Nr. 1/2024 vom 26.09.2024, kundgemacht am 30.09.2024, über die Änderungen der Richtlinien für die Ausübung des Rechtsanwaltsberufes (RL-BA 2015), neu geschaffenen § 11a RL-BA 2015 ausdrücklich festgehalten.

¹³⁵ *Rastegar in Rastegar/Rastegar/Rastegar*, FlexKapGG-ON^{1.00} § 12 Rz 161, 162; RIS-Justiz RIS-Justiz RS0054994; auch RIS-Justiz RS0026428.

¹³⁶ § 53 Abs 1 öGmbHG.

¹³⁷ § 49 Abs 2 öGmbHG.

¹³⁸ *Ettmayer/Grossmayer in Straube/Ratka/Rauter*, § 53 Rz 2.

¹³⁹ *Fehrmann/Schirmmacher in Centrale für GmbH Dr. Otto Schmidt*, GmbH-Handbuch¹⁸⁸, 3/2024, Rz 690.

ihres Gegenstands und des Nennbetrags des Geschäftsanteils, auf den sich die Sacheinlage bezieht, konkret angeführt werden.¹⁴⁰ Weiters muss auch die Person des Übernehmers, der die Sacheinlage zu leisten hat, im Kapitalerhöhungsbeschluss festgesetzt werden.¹⁴¹ Vor der Durchführung einer Kapitalerhöhung durch Sacheinlage bedarf es einer Bewertung, mit dem der Zeitwert der Sacheinlage zum Zeitpunkt der Eintragung der Kapitalerhöhung im Handelsregister bestimmt wird.¹⁴² Der die Sacheinlage einbringende Gesellschafter haftet für den Differenzbetrag, wenn der tatsächliche Wert unter dem angesetzten Nominalwert liegt.¹⁴³

Neben der Beschlussmöglichkeit auf Erhöhung des Stammkapitals um einen bestimmten Fixbetrag, für den Fall, dass feststeht, dass die neuen Geschäftsanteile vollständig übernommen werden¹⁴⁴, kann diese auch bis zu einem bestimmten Höchstbetrag beschlossen werden.¹⁴⁵ Um eine Umgehung der besonderen Anforderungen des § 55a dGmbHG¹⁴⁶ zu vermeiden, darf die Zeichnungsfrist nicht mehr als sechs Monate betragen und sollte auch ein allfälliger Ausgabepreis (Agio/Aufgeld) im Gesellschafterbeschluss bestimmt werden.¹⁴⁷

Der Erhöhungsbetrag muss mindestens EUR 1 betragen und auf volle Euro lauten.¹⁴⁸ Sofern im Beschluss keine abweichende Regelung getroffen wurde, wird das Kapital (anstelle der Erhöhung bestehender Geschäftsanteile) nur durch die Ausgabe neuer Geschäftsanteile erhöht.¹⁴⁹ Grundsätzlich ist die Aufstockung

¹⁴⁰ § 56 Abs 1 erster Satz dGmbHG; vgl. *Fehrmann/Schirrmacher in Centrale für GmbH Dr. Otto Schmidt*, Rz 736, wonach trotz fehlendem Verweis auf § 5 Abs 4 dGmbHG die Erstellung eines Sachkapitalerhöhungsberichts zu empfehlen ist, um das Gericht bei der Prüfung des Werts der Einlage zu unterstützen und Verzögerungen bei der Eintragung zu vermeiden.

¹⁴¹ *Servatius in Noack/Servatius/Haas*, § 56 Rn 10.

¹⁴² *Lieder in Fleischer/Goette*, § 56 Rn 62.

¹⁴³ § 56 Abs 2 iVm § 9 Abs 1 erster Satz dGmbHG.

¹⁴⁴ Allenfalls müsste der Erhöhungsbetrag mittels Änderungsbeschluss an das tatsächlich gezeichnete Kapital angepasst werden; vgl. *Lieder in Fleischer/Goette*, § 55 Rn 49, 50.

¹⁴⁵ *Lieder in Fleischer/Goette*, § 55 Rn 51.

¹⁴⁶ Genehmigtes Kapital, siehe unten in Punkt 6.2.

¹⁴⁷ *Lieder in Fleischer/Goette*, § 55 Rn 52.

¹⁴⁸ § 55 Abs 4 iVm § 5 Abs 2 erster Satz dGmbHG.

¹⁴⁹ *Bayer in Lutter/Hommelhoff*, § 55 Rn 16.

eines bestehenden Geschäftsanteils bei einer Kapitalerhöhung¹⁵⁰ unzulässig. Die Vorschrift des § 55 Abs 3 dGmbHG, wonach stets nur ein neuer Geschäftsanteil ausgegeben werden kann/muss, ist jedoch insofern teleologisch zu reduzieren, wenn auf den Rechtsvorgänger des bestehenden Geschäftsanteils entweder tatsächlich (weil es sich bereits um ein/e Gründer/in handelt) oder aus rechtlichen Gründen (zB aufgrund einer Gesamtrechtsnachfolge) im Fall der Kaduzierung¹⁵¹ eines nicht vollständig eingezahlten Geschäftsanteils nicht zurückgegriffen werden kann.¹⁵² Weiters ist die Aufstockung eines bestehenden Geschäftsanteils auch dann zulässig, wenn dieser vollständig einbezahlt wurde, keine Nachschusspflicht besteht oder eine Haftung aufgrund des Ablaufs der Fünfjahresfrist¹⁵³ ausgeschlossen ist.¹⁵⁴

Der Betrag des Stammkapitals muss im Gesellschaftsvertrag angeführt werden.¹⁵⁵ Eine für die Kapitalerhöhung notwendige Satzungsänderung kann, sofern der Gesellschaftsvertrag nicht noch andere erschwerende Erfordernisse vorsieht, nur durch Gesellschafterbeschluss mit Dreiviertelmehrheit erfolgen.¹⁵⁶ Der Gesellschafterbeschluss muss notariell beurkundet werden.¹⁵⁷

Für die Übernahme neuer bzw für die Aufstockung bestehender Geschäftsanteile ist zwischen dem/r Übernehmer/in und der Gesellschaft ein Übernahmevertrag abzuschließen, welcher durch eine notariell aufzunehmende oder zu beglaubigende Übernahmserklärung sowie einer formlosen (ausdrücklichen oder

¹⁵⁰ Demgegenüber können Gesellschafter/innen bei Errichtung der Gesellschaft mehrere Geschäftsanteile übernehmen (§ 5 Abs 2 zweiter Satz dGmbHG); siehe unten in Punkt 7.2.

¹⁵¹ Im Fall verzögerter Einzahlung kann an den säumigen Gesellschafter eine erneute Aufforderung zur Zahlung binnen einer zu bestimmenden Nachfrist unter Androhung seines Ausschlusses mit dem Geschäftsanteil erlassen werden; siehe § 21 dGmbHG.

¹⁵² *Lieder in Fleischer/Goette*, § 55 Rn 57f.

¹⁵³ Die Haftung des Rechtsvorgängers ist auf die innerhalb der Frist von fünf Jahren auf die Einlageverpflichtung eingeforderten Leistungen beschränkt; siehe § 22 Abs 3 GmbHG.

¹⁵⁴ *Lieder in Fleischer/Goette*, § 55 Rn 59.

¹⁵⁵ § 3 Abs 1 Z 3 dGmbHG.

¹⁵⁶ § 53 Abs 1 und 2 dGmbHG.

¹⁵⁷ § 53 Abs 3 dGmbH.

konkludenten¹⁵⁸) Annahmeerklärung der Gesellschaft zustande kommt.¹⁵⁹

Zusätzlich zum Beschluss auf Erhöhung des Stammkapitals bedarf es nur dann eines Beschlusses über die Zulassung zur Übernahme der neuen Geschäftsanteile, wenn das (ungeschriebene¹⁶⁰) gesetzliche Bezugsrecht von bestehenden Gesellschaftern/innen (teilweise) ausgeschlossen oder Dritte als neu hinzutretende Gesellschafter zugelassen werden sollen.¹⁶¹ Sohin kann im Falle einer beteiligungsproportionalen Kapitalerhöhung auf eine ausdrückliche Zulassung der bestehenden Gesellschafter verzichtet werden.¹⁶²

Ein Beschluss über den Ausschluss des Bezugsrechts bestehender Gesellschafter/innen muss (in Analogie zu § 186 Abs 3 erster Satz dAktG) im Kapitalerhöhungsbeschluss enthalten sein, bedarf sohin der notariellen Beurkundung und einer Dreiviertelmehrheit der abgegebenen Stimmen.¹⁶³ Weiters muss ein sachlicher Grund vorliegen und muss der Ausschluss zur Erreichung des angestrebten Zwecks geeignet, erforderlich sowie verhältnismäßig sein.¹⁶⁴

Demgegenüber genügt für die Wirksamkeit des Zulassungsbeschlusses, in dem in bestimmter oder bestimmbarer Weise festgelegt wird, mit wem die Geschäftsführung namens der Gesellschaft berechtigt ist einen Übernahmevertrag zu schließen, eine einfache Stimmenmehrheit.¹⁶⁵

Die beschlossene Erhöhung des Stammkapitals ist zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden, nachdem das erhöhte Kapital durch Übernahme von Geschäftsanteilen gedeckt ist.¹⁶⁶ Die Anmeldung der Kapitalerhöhung gegen

¹⁵⁸ Eine konkludente Annahme wäre etwa die gemeinsame Beurkundung der Übernahmeerklärung mit dem Kapitalerhöhungs- und Zulassungsbeschluss; *Lieder* in *Fleischer/Goette*, § 55 Rn 181 mwN.

¹⁵⁹ § 55 Abs 1 dGmbHG; *Lieder* in *Fleischer/Goette*, § 55 Rn 151.

¹⁶⁰ Nach überwiegender Auffassung handelt es sich um eine planwidrige Regelungslücke, welche durch analoge Anwendung des § 186 Abs 1 dAktG zu schließen ist; siehe zum Meinungsstand *Lieder* in *Fleischer/Goette*, § 55 Rn 101-103; *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, § 55 Rn 19.

¹⁶¹ *Lieder* in *Fleischer/Goette*, § 55 Rn 104.

¹⁶² *Lieder* in *Fleischer/Goette*, § 55 Rn 105; *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, § 55 Rn 29.

¹⁶³ *Lieder* in *Fleischer/Goette*, § 55 Rn 121; *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, § 55 Rn 23.

¹⁶⁴ *Lieder* in *Fleischer/Goette*, § 55 Rn 125.

¹⁶⁵ *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, § 55 Rn 29.

¹⁶⁶ § 57 Abs 1 dGmbHG.

Bareinlagen beim Handelsregister darf erst vorgenommen werden, wenn mindestens ein Viertel jeder Bareinlage zur freien Verfügung der Gesellschaft eingezahlt worden ist.¹⁶⁷

Eine Ausnahme besteht bei der UG, da hier ein gesetzliches Volleinzahlungsgebot und ein Verbot von Sacheinlagen besteht.¹⁶⁸ Dieses Gebot bzw Verbot kommt nur dann nicht zur Anwendung, wenn die UG ihr Stammkapital auf EUR 25.000 (oder höher) erhöht und damit zur „regulären“ GmbH übergeht.¹⁶⁹

5.3 Fazit

Die Vorschriften betreffend die Durchführung von ordentlichen/effektiven Kapitalerhöhungen bei der FlexCo bzw dGmbH folgen hinsichtlich der verschiedenen Formen, der Verfahrensvorschriften sowie den Formvorschriften zum Großteil denselben Prinzipien: So sind (mit Ausnahme bei der UG) sowohl Bar- als auch Sach- und Mischeinlagen erlaubt. Weiters erlauben sowohl das dGmbHG und das FlexKapG (mit Verweis auf das öGmbHG) eine Höchstbetragskapitalerhöhung, wobei jeweils von einem maximal zulässigen Zeichnungszeitraum von 6 Monaten ausgegangen wird.

Eine gesetzliche Volleinzahlungspflicht sowie ein Verbot von Sacheinlagen bestehen nur bei der UG bzw bei der Übernahme von UW-Anteilen. Da Kapitalerhöhungen gerade bei jungen Unternehmen oft zum Zweck der Aufnahme von benötigten Geldmitteln erfolgen, dürfte eine Teileinzahlung von im Zuge von Finanzierungsrunden neu übernommenen Stammeinlagen (und dem hierauf gleichzeitig zu leistenden Agio/Aufgeld) in der Praxis ohnehin von eher geringerer Bedeutung sein.¹⁷⁰

¹⁶⁷ § 56a iVm § 7 Abs 2 erster Satz dGmbHG.

¹⁶⁸ § 5a Abs 2 dGmbHG.

¹⁶⁹ *Fehrmann/Schirmacher in Centrale für GmbH Dr. Otto Schmidt*, Rz 738.

¹⁷⁰ Anders gelagert sind jene Fälle, in denen von den Investoren/innen anstelle eines Agios/Aufgelds, welches bereits vor Eintragung im Firmenbuch an die Gesellschaft geleistet werden muss, die Zahlung von weiteren Gesellschafterzuschüssen zu einem späteren Zeitpunkt in Etappen bzw abhängig von der Erreichung bestimmter Meilensteine vereinbart wird. Hier wird die Stammeinlage des neu ausgegebenen Geschäftsanteils idR dennoch zur Gänze einbezahlt.

Für die Kapitalerhöhung (und der gleichzeitig notwendigen Satzungsänderung) bedarf es jeweils eines notariell zu beurkundenden Beschlusses der Gesellschafterversammlung. Für das Zustandekommen des Beschlusses ist bei beiden Gesellschaftsformen zumindest eine Dreiviertel-Stimmenmehrheit notwendig.

Sofern im Gesellschaftsvertrag bzw für die konkrete Kapitalerhöhung im Gesellschafterbeschluss nichts anderes geregelt bzw beschlossen wurde, haben bestehende Gesellschafter in beiden Fällen ein Vorrecht zur Übernahme neuer Stammeinlagen. Für den Fall des Ausschlusses des Bezugsrechts bedarf es jeweils einer sachlichen Rechtfertigung. Besonderheiten bestehen nur bei der FlexCo in Hinsicht auf UW-Berechtigte, denen nur dann ein Übernahmerecht für neu ausgegebene Geschäftsanteile oder UW-Anteile zukommt, wenn ihnen dieses ausdrücklich eingeräumt wird.

In beiden Fällen wird die Anmeldung zum Firmenbuch bzw Handelsregister gesetzlich vorgeschrieben und hat die Eintragung der Kapitalerhöhung konstitutive Wirkung.

Im Vergleich zur öGmbH besteht nun auch bei der FlexCo die Möglichkeit, dass bei einer Kapitalerhöhung, anstelle der Aufstockung bestehender Geschäftsanteile neue Stückanteile geschaffen werden können sowie dass mehrere Stückanteile gleicher oder verschiedener Gattung gehalten und über diese getrennt verfügt werden kann.¹⁷¹ Dies war bei der dGmbH aufgrund der ausdrücklichen Anordnung des § 55 Abs 3 dGmbHG bereits bisher der Fall und stellt bei dieser die Aufstockung eines bestehenden Geschäftsanteils einen Ausnahmefall dar.

Ein (wesentlicher) Unterschied besteht in den unterschiedlichen Formvorschriften bei der Übernahme eines neu ausgegebenen Geschäftsanteils. Bei der dGmbH muss von dem Übernehmer eine notariell aufzunehmende oder zu beglaubigende Übernahmserklärung errichtet werden. Bei der FlexCo kann die Übernahmserklärung in Notariatsaktform errichtet werden.¹⁷² Bei der dGmbH besteht – wie auch bei der FlexCo und öGmbH¹⁷³ – für die für das

¹⁷¹ Siehe hierzu näher unten in Punkt 7.1.

¹⁷² § 1 Abs 2 FlexKapGG iVm § 52 Abs 4 öGmbHG.

¹⁷³ Billek/Ettmayer/Ratka/Jost in Straube/Ratka/Rauter, § 52 Rz 99.

Zustandekommen des Übernahmevertrages notwendige Annahmeerklärung der Gesellschaft keine besonderen Formvorschriften und kann diese auch schlüssig erklärt werden, sodass für deren Erstellung/Errichtung keine gesonderten (Notar-)Kosten anfallen.

Für die FlexCo¹⁷⁴ wurde mit der anwaltlichen bzw notariellen Privaturkunde eine Alternative für die Errichtung von Erklärungen über die Übernahme von neu ausgegebenen Geschäftsanteilen eingeführt, mit der eine gesteigerte Flexibilität (insb keine (Über-)Beglaubigung von Vollmachten notwendig) sowie Kostenersparnis einhergeht. Für die Durchführung von ordentlichen/effektiven Kapitalerhöhungen sind zwar weiterhin notarielle Leistungen, etwa für die Beurkundung des Gesellschafterbeschlusses¹⁷⁵ und des abgeänderten Gesellschaftsvertrages (bzw Errichtung der Neufassung des Gesellschaftsvertrages als Notariatsakt) sowie für die notarielle Beglaubigung des Firmenbuchantrages notwendig. Die neue Regelung des § 12 FlexKapG bringt jedoch insb dann einen Vorteil, dass nicht nochmals ein Notar hinzugezogen werden muss, wenn, wie im Fall einer Höchstbetragskapitalerhöhung, beim genehmigten Kapital oder bei der bedingten Kapitalerhöhung, nicht alle Urkunden gleichzeitig unterfertigt werden.¹⁷⁶

6 Bedingtes, genehmigtes und genehmigtes bedingtes Kapital

Die Durchführung von Eigenkapitalinvestments bringt sowohl bei der FlexCo als auch bei der dGmbH zeitliche, formale und organisatorische Hürden mit sich.¹⁷⁷ Da der Gesetzgeber erkannt hat, dass insb bei Start-Ups oft eine schnelle und individueller gestaltbarere Aufnahme von neuem Kapital erforderlich ist, gibt es (nach deutschem Recht nur zum Teil) Bestimmungen zum bedingten Kapital, zum genehmigten Kapital sowie zum genehmigten bedingten Kapital, welche im Folgenden dargestellt und verglichen werden.

¹⁷⁴ Für die öGmbHG besteht für Übernahmekerklärungen nach § 52 Abs 4 öGmbHG weiterhin die Pflicht, diese in Form eines Notariatsaktes zu errichten.

¹⁷⁵ Eine (Über-)Beglaubigung von Stimmrechtsvollmachten ist jedoch selbst bei satzungsändernden Beschlüssen nicht vorgeschrieben, diese müssen nach § 39 Abs 3 öGmbHG nur schriftlich erteilt worden sein; vgl *Enzinger in Straube/Ratka/Rauter*, § 39 Rz 64.

¹⁷⁶ *Kinsky/Kurz in Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky*, Rz 12.18.

¹⁷⁷ *Kinsky/Kurz in Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky*, Rz 13.1.

6.1 Grundsätze nach dem FlexKapGG

Mit dem FlexKapG wurden das genehmigte Kapital, das bedingte Kapital sowie das genehmigte bedingte Kapital als zusätzliche Kapitalmaßnahmen geschaffen, welche bisher nur bei der öAktG bestanden haben und auch weiterhin der öGmbH nicht zur Verfügung stehen.¹⁷⁸

6.1.1 Genehmigtes Kapital

Gesellschafter/innen einer FlexCo haben, anstelle eines Beschlusses über die unmittelbare Durchführung einer Kapitalerhöhung, die Möglichkeit die Geschäftsführung zu ermächtigen, das Stammkapital ohne weiteren Gesellschafterbeschluss durch Ausgabe neuer Geschäftsanteile gegen Einlagen um einen bestimmten Nennbetrag zu erhöhen.¹⁷⁹ Hierdurch soll durch die bessere Handhabung von Mitarbeiterbeteiligungen sowie dem sukzessiv möglichen Beitritt von Investoren/innen durch das Tranchieren von Kapitalerhöhungen eine schnellere und flexiblere Aufnahme von neuem Kapital ermöglicht werden.¹⁸⁰

Die Ermächtigung kann entweder bereits im Gründungsgesellschaftsvertrag (wobei das genehmigte Kapital noch nicht zum gesetzlichen Mindestkapital von EUR 10.000 hinzuzuzählen ist) oder durch eine später von den Gesellschaftern zu beschließende Änderung des Gesellschaftsvertrages für einen maximalen Zeitraum von fünf Jahren ab Eintragung im Firmenbuch eingeräumt werden.¹⁸¹ Bei der zweiten Variante sind die Vorschriften über die Änderung des Gesellschaftsvertrages einzuhalten.¹⁸²

Durch den Ermächtigungsbeschluss kann die Geschäftsführung eine Kapitalerhöhung durch die Ausgabe von Geschäftsanteilen und/oder UW-Anteilen durchführen.¹⁸³ Bei der Ausgabe von Geschäftsanteilen darf der

¹⁷⁸ Kinsky/Kurz in Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky, Rz 13.2.

¹⁷⁹ § 21 FlexKapGG.

¹⁸⁰ ErlRV 2320 BlgNR 27. GP, 13; Hule in Schneeweiss/Hule, § 21 Rz 1.

¹⁸¹ Kinsky/Kurz in Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky, Rz 13.4.

¹⁸² Es ist somit eine Dreiviertelmehrheit der abgegebenen Stimmen sowie eine notarielle Beurkundung des Gesellschafterbeschlusses sowie der abgeänderten Satzung notwendig (§ 1 Abs 2 FlexKapG iVm § 50 öGmbHG); siehe bereits oben in Punkt 5.1.

¹⁸³ Kinsky/Kurz in Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky, Rz 13.5.

Nennbetrag die Hälfte des Stammkapitals, welches zum Zeitpunkt der Eintragung des genehmigten Kapitals im Firmenbuch besteht, nicht überschreiten.¹⁸⁴ Weiters dürfen die Stammeinlagen von UW-Anteilen insgesamt weniger als 25% des um das genehmigte Kapital erhöhte Stammkapitals betragen.¹⁸⁵

Neben den zwingenden Angaben zum Höchstnennbetrag des genehmigten Kapitals und der Länge des Ausübungszeitraums¹⁸⁶ kann der Ermächtigungsbeschluss auch noch weitere Vorgaben vorsehen, zB zum Ausgabepreis (Agio oder Gesellschafterzuschuss), zur Ausgabe neuer Anteilsklassen und deren Ausgestaltung bzw die Beschränkung zur Ausgabe von nur bestimmten Anteilsklassen, oder eine Verpflichtung, eine Kapitalerhöhung nur zu bestimmten Zwecken (zB zur Einrichtung einer Mitarbeiterbeteiligung oder zum Erwerb von Unternehmensbeteiligungen) bzw nur bei Erreichen bestimmter Bedingungen (zB wirtschaftlicher Meilensteine) durchzuführen.¹⁸⁷

Die Ausgabe neuer Anteile gegen Sacheinlagen ist jedenfalls nur möglich, wenn dies der Ermächtigungsbeschluss ausdrücklich (zumindest wahlweise¹⁸⁸) vorsieht¹⁸⁹ und hierauf in der Tagesordnung ausdrücklich hingewiesen wurde¹⁹⁰. Eine Ausnahme besteht, sofern alle Gesellschafter anwesend oder vertreten sind und ihren Verzicht auf die Einhaltung der Einberufungs- und Ankündigungsvorschriften abgeben¹⁹¹. Sofern die Gesellschafter keine konkreten Vorgaben zur Person des Einbringers, zum konkreten Gegenstand der

¹⁸⁴ § 21 Abs 1 zweiter Satz FlexKapGG; OGH 26.2.1998, 6 Ob 200/97y; *Winner in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG II³ § 169 Rz 19. Wurden mehrere genehmigte Kapitalien zugelassen, müssen alle zusammenzurechnenden Nennbeträge des genehmigten Kapitals (nicht jedoch auch von daneben bestehenden, noch nicht ausgeübten bedingten Kapitalien) die Hälfte des bestehenden Stammkapitals nicht überschreiten; siehe *Hule in Schneeweiss/Hule*, § 21 Rz 38 mwN.

¹⁸⁵ § 9 Abs 1 FlexKapGG.

¹⁸⁶ Dieser kann nach Ablauf durch erneute Änderung des Gesellschaftsvertrags auf wiederum fünf Jahre verlängert werden; *Kinsky/Kurz in Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky*, Rz 13.7.

¹⁸⁷ *Kinsky/Kurz in Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky*, Flexible Kapitalgesellschaft, Rz 13.6.

¹⁸⁸ *Winner in Doralt/Nowotny/Kalss*, § 172 Rz 10; *Napokoj in Rastegar/Rastegar/Rastegar*, § 21 Rz 26

¹⁸⁹ § 21 Abs 3 FlexKapGG.

¹⁹⁰ § 21 Abs 5 FlexKapGG iVm § 52 Abs 6 zweiter Halbsatz öGmbHG.

¹⁹¹ *Hule in Schneeweiss/Hule*, § 21 Rz 23.

Sacheinlage bzw zu dessen Bewertung erteilen, hat die Geschäftsführung in ihrem Ausübungsbeschluss eine entsprechende Festlegung vorzunehmen.¹⁹²

Nachdem jeder Gesellschafter berechtigt ist, sich im Umfang seiner bisherigen Beteiligung an der Kapitalerhöhung zu beteiligen, muss ein Ausschluss des Bezugsrechts auch beim genehmigten Kapital entweder im Gesellschaftsvertrag oder in einem späteren Ermächtigungsbeschluss ausdrücklich angeordnet werden.¹⁹³ Dieser kann entweder direkt (sog. Direktausschluss) erklärt werden oder es wird der Geschäftsführung die Ermächtigung erteilt, selbst über den Ausschluss bei der Durchführung der Kapitalerhöhung zu entscheiden.¹⁹⁴ Die Übertragung der Entscheidungskompetenz muss ausdrücklich in der Ankündigung der Tagesordnung der Generalversammlung hingewiesen werden¹⁹⁵ und muss diese auch ausdrücklich in den Ermächtigungsbeschluss mitaufgenommen werden.¹⁹⁶ Im Ermächtigungsbeschluss müssen zumindest die abstrakten Gründe für den Bezugsrechtsausschluss aufgenommen werden. Die Interessensabwägung und Prüfung, ob der Bezugsrechtsausschluss für die Erreichung der Gesellschaftsinteressen geeignet, erforderlich und verhältnismäßig ist und ob die Treuepflicht und Gleichbehandlung aller Gesellschafter erfüllt wird, obliegt dann der Geschäftsführung.¹⁹⁷

Im Rahmen ihres Ausübungsbeschlusses entscheidet die Geschäftsführung – sofern keine konkreten Vorgaben im Ermächtigungsbeschluss enthalten sind¹⁹⁸ – nach pflichtgemäßem Ermessen insb über den Erhöhungsbetrag, den Ausgabepreis, die auszugebenden Anteilsklassen, über einen allfälligen Bezugsrechtsausschluss und die Zulassung der Übernehmer, über die Fälligkeit der Einlagepflicht und den Zeitpunkt der Gewinnberechtigung, wobei es ihr freisteht, das genehmigte Kapital auch in Tranchen zu verwenden.¹⁹⁹

¹⁹² Hule in *Schneeweiss/Hule*, § 21 Rz 43.

¹⁹³ Siehe § 21 Abs 5 FlexKapGG iVm § 52 Abs 3 öGmbHG.

¹⁹⁴ *Kinsky/Kurz*, *ecolex* 2023/572, 912 (914); *Napokoj* in *Rastegar/Rastegar/Rastegar*, § 21 Rz 21.

¹⁹⁵ § 21 Abs 1 vierter Satz FlexKapGG.

¹⁹⁶ Hule in *Schneeweiss/Hule*, § 21 Rz 44.

¹⁹⁷ Hule in *Schneeweiss/Hule*, § 21 Rz 81f.

¹⁹⁸ § 21 Abs 4 FlexKapGG.

¹⁹⁹ *Kinsky/Kurz* in *Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky*, Rz 13.11.

Ist ein Aufsichtsrat vorhanden, muss dieser dem Ausübungsbeschluss der Geschäftsführung samt den Bedingungen über die Anteilsausgabe und einem allfälligen Ausschluss des Bezugsrechts zustimmen.²⁰⁰ Weiters kann die Durchführung auch von einer ad hoc einzuholenden Zustimmung der Gesellschafter bzw eines allfällig eingerichteten Beirats abhängig gemacht werden bzw steht es den Gesellschaftern frei, in Ausübung ihres Weisungsrechts ggü der Geschäftsführung eine Kapitalerhöhung anzuordnen oder zu verhindern.²⁰¹

Über die Ausnützung des genehmigten Kapitals sowie über einen allfälligen Bezugsrechtsausschluss müssen die Gesellschafter zumindest 14 Tage vor Durchführung der Kapitalerhöhung informiert werden.²⁰² Ist die Zustimmung des Aufsichtsrats erforderlich, genügt die unverzügliche Übersendung beider Beschlüsse nach Zustimmung des Aufsichtsrats in jener Form, die der Gesellschaftsvertrag für die Kommunikation mit Gesellschafterinnen vorsieht.²⁰³

Die Durchführung erfolgt wie bei der ordentlichen/effektiven Kapitalerhöhung, sodass die neu ausgegebenen Anteile durch Abgabe von Übernahmeerklärungen²⁰⁴ gezeichnet werden können.

Im Anschluss an die Übernahme und Einzahlung der Stammeinlagen²⁰⁵ muss die Kapitalerhöhung von der Geschäftsführung beim Firmenbuch angemeldet werden.²⁰⁶ In diesem Zusammenhang ist die Geschäftsführung (sofern im

²⁰⁰ § 21 Abs 4 erster Satz FlexKapGG; *Kinsky/Kurz in Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky*, Rz 13.12.

²⁰¹ § 21 Abs 4 letzter Satz FlexKapGG. Ein entsprechender Beschluss muss unter denselben Formerfordernissen wie der Ermächtigungsbeschluss (Dreiviertelmehrheit) gefasst werden; *Kinsky/Kurz in Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky*, Rz 13.13.

²⁰² *Kinsky/Kurz in Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky*, Rz 13.14.

²⁰³ § 21 Abs 4 FlexKapGG.

²⁰⁴ Neue hinzutretende Gesellschafter haben zudem eine Beitrittserklärung abzugeben. Für die Erklärungen gilt wiederum die erleichterte Form der notariellen oder anwaltlichen Privaturkunde nach § 12 Abs 2 FlexKapGG; *Kinsky/Kurz in Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky*, Rz 13.15.

²⁰⁵ Gemäß § 52 Abs 6 iVm § 10 Abs 1 S 1 GmbHG ist nur die Einzahlung mindestens einem Viertel des Betrages jeder neu übernommenen Stammeinlage vor der Anmeldung notwendig; siehe ErlRV 2320 BlgNR 27. GP, 14; *Hule in Schneeweiss/Hule*, § 21 Rz 100.

²⁰⁶ § 1 Abs 2 FlexKapGG iVm § 53 Abs 1 GmbHG.

Gesellschaftsvertrag nichts anderes geregelt ist) als Annexkompetenz auch zur Anpassung des im Gesellschaftsvertrag angeführten Stammkapitals berechtigt, ohne dass es eines weiteren Ermächtigungsbeschlusses der Gesellschafter bedarf.²⁰⁷

6.1.2 Bedingte Kapitalerhöhung

Die Durchführung von Erhöhungen des Stammkapitals einer FlexCo (sei es durch Ausgabe neuer Geschäfts- oder UW-Anteile²⁰⁸) kann im Gründungsgesellschaftsvertrag oder in einem späteren Gesellschafterbeschluss²⁰⁹ unter die Bedingung des Eintritts bzw Vorliegens eines bestimmten, gesetzlich vorgegebenen Zwecks gestellt werden.²¹⁰ Es sind darin der Rahmen und die Bedingungen der Kapitalerhöhung festzusetzen und wird diese bei Bedingungseintritt unmittelbar wirksam, ohne dass es einer weiteren Beschlussfassung der Gesellschafter oder Geschäftsführung bedarf.²¹¹ Diese neue Form soll die Beschaffung von neuem Kapital für bestimmte Zwecke flexibler und in rechtstechnischer Sicherheit erleichtert werden sowie den Bezugsberechtigten eine größere Sicherheit liefern.²¹²

Eine bedingte Kapitalerhöhung ist nur in den in § 19 Abs 2 FlexKapGG taxativ aufgezählten Fällen zulässig, wobei die genaue Zwecke (bei sonstiger Nichtigkeit) auch ausdrücklich mitangeführt werden müssen.²¹³ Die Durchführung ist nur möglich, als von einem unentziehbaren Umtausch- oder Bezugsrecht Gebrauch gemacht wird, das die Gesellschaft auf die neuen Geschäfts- und/oder UW-Anteile einräumt bzw eingeräumt hat, wobei folgende Zwecke als zulässig anerkannt sind: (1) Zur Gewährung von Umtausch oder Bezugsrechten an

²⁰⁷ *Napokoj* in *Rastegar/Rastegar/Rastegar*, § 21 Rz 45.

²⁰⁸ *Kinsky/Kurz* in *Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky*, Rz 13.19.

²⁰⁹ Für diesen ist wiederum eine Dreiviertelmehrheit der abgegebenen Stimmen notwendig, sofern der Gesellschaftsvertrag nicht noch weitere Erfordernisse vorsieht (siehe bereits in Punkt 5.1) sowie eine notarielle Beurkundung, und muss die bedingte Kapitalerhöhung in der Tagesordnung ausdrücklich und fristgerecht angekündigt werden; *Regal* in *Schneeweiss/Hule*, § 19 Rz 16.

²¹⁰ § 21 Abs 1 FlexKapGG.

²¹¹ *Kinsky/Kurz* in *Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky*, , Rz 13.14.

²¹² *Winner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, § 159 Rz 1; *Regal* in *Schneeweiss/Hule*, § 19 Rz 2.

²¹³ *Regal* in *Schneeweiss/Hule*, § 19 Rz 3.

Gläubiger/innen von Finanzierungsinstrumenten mit entsprechenden Rechten²¹⁴, (2) zur Vorbereitung des Zusammenschlusses mehrerer Unternehmen und (3) zur Einräumung von Anteilsoptionen an Arbeitnehmer/innen, leitende Angestellte sowie Mitglieder der Geschäftsführung und des Aufsichtsrats der Gesellschaft oder eines mit ihr verbundenen Unternehmens.²¹⁵

Anders als beim genehmigten Kapital gibt es beim bedingten Kapital kein generelles Bezugsrecht der bestehenden Gesellschafter, vielmehr wird durch die gesetzlich vorgeschriebenen Zwecke die sachliche Rechtfertigung für den Ausschluss indiziert wird, sodass es auch nicht notwendig ist, diesen im Beschluss über die bedingte Kapitalerhöhung ausdrücklich mitaufzunehmen.²¹⁶

Neben dem Zweck der bedingten Kapitalerhöhung müssen im Beschluss der Kreis der Bezugsberechtigten, der Kapitalerhöhungsbetrag als Höchstbetrag²¹⁷ sowie der Ausgabebetrag oder die Grundlagen für dessen Berechnung angegeben werden.²¹⁸

Der Beschluss über die bedingte Kapitalerhöhung ist zur Eintragung in das Firmenbuch anzumelden²¹⁹ und kommt es – anders als bisher nach dem öGmbHG – aufgrund des Bedürfnisses nach gesonderter Publizität des Beschlusses, mit dem Bezugsrechte an Begünstigte unentziehbar eingeräumt werden, zu einer Trennung der Anmeldung des Beschlusses und Eintragung der (später eintretenden) Durchführung der Kapitalerhöhung.²²⁰

Die neuen Geschäfts- und/oder UW-Anteile dürfen nicht vor Eintragung des Beschlusses über die bedingte Kapitalerhöhung ausgegeben werden und entstehen auch erst dann die Ansprüche der Bezugsberechtigten. Vorher

²¹⁴ Siehe § 22 FlexKapGG sowie unten Punkt 8.1. Die Inhaber der Finanzierungsinstrumente, welche von der Gesellschaft auf vertraglicher Basis ausgegeben werden, erwerben durch die Einräumung von Umtausch- oder Bezugsrechten lediglich ein Recht auf eine zukünftige Gesellschafterstellung; *Kinsky/Kurz* in *Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky*, Rz 13.27.

²¹⁵ Vgl § 19 Abs 1 und 2 FlexKapGG.

²¹⁶ *Gall/Messner-Kreuzbauer* in *Rastegar/Rastegar/Rastegar*, § 19 Rz 2, 14.

²¹⁷ *Winner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG II³ § 160 Rz 9; *Regal* in *Schneeweiss/Hule*, § 19 Rz 26.

²¹⁸ § 21 Abs 3 FlexKapGG.

²¹⁹ § 21 Abs 6 FlexKapGG.

²²⁰ *ErIRV* 2320 *BlgNR* 27. GP, 13; *Kinsky/Kurz* in *Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky*, Rz 13.23.

ausgegebene Geschäftsanteile sind nichtig und sind die Geschäftsführer/innen für allfällige Schäden aus der verfrühten Ausgabe den Übernehmer/innen als Gesamtschuldner/innen verantwortlich.²²¹ Zudem kann der Beschluss über die bedingte Kapitalerhöhung zum Schutz der Bezugsrechtsinhaber/innen und des zu erfüllenden Bezugsanspruchs nicht rückgängig gemacht werden.²²²

Das Bezugsrecht kann durch die Abgabe einer Übernahmeerklärung in Form eines Notariatsakts oder einer notariellen bzw anwaltlichen Privaturkunde²²³ ausgeübt werden.²²⁴ Zudem ist es zur Erleichterung der sukzessiven Übernahme von Anteilen durch Arbeitnehmer/innen, leitende Angestellte und Mitglieder der Geschäftsführung und des Aufsichtsrats der Gesellschaft möglich, bereits in der ersten Übernahmeerklärung die Übernahme weiterer Anteile zu erklären, die sodann ohne Notariatsakt bzw Privaturkunde übernommen werden können.²²⁵

Die Übernahme der neuen Anteile wird – unabhängig von der Eintragung der Kapitalerhöhung in das Firmenbuch – mit Abschluss des Übernahmevertrages wirksam, für den die volle Leistung des Gegenwerts der ausgegeben Anteile Voraussetzung ist.²²⁶ Für die Gesellschaft besteht jedoch im Falle einer allfälligen Differenz zwischen dem Ausgabebetrag des Finanzierungsinstruments und jenem der Anteile (neben der Zuzahlung durch die Berechtigten) iSd 166 Abs 2 öAktG die Möglichkeit, durch die Deckung aus dem Bilanzgewinn oder einer freier Rücklage die Finanzierungsinstrumente zu subventionieren bzw sicherzustellen, dass die vereinbarte Ausgabepreise eingehalten werden können.²²⁷

Da die effektive Erhöhung des Stammkapitals zum Zeitpunkt der Beschlussfassung über die bedingte Kapitalerhöhung noch nicht feststeht, kann die Änderung des Gesellschaftsvertrages und die entsprechende Eintragung im Firmenbuch erst nach Durchführung der bedingten Kapitalerhöhung erfolgen.²²⁸

²²¹ § 21 Abs 7 FlexKapGG.

²²² § 19 Abs 5 FlexKapGG; *Kinsky/Kurz* in *Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky*, Rz 13.25.

²²³ § 12 Abs 2 FlexKapGG; siehe bereits oben in Punkt 5.1.

²²⁴ § 20 Abs 1 erster Satz FlexKapGG.

²²⁵ § 20 Abs 1 dritter Satz FlexKapGG; ErlRV 2320 BlgNR 27. GP, 13.

²²⁶ § 20 Abs 2 erster und zweiter Satz FlexKapGG; ErlRV 2320 BlgNR 27. GP, 13.

²²⁷ § 20 Abs 2 dritter Satz FlexKapGG; *Kinsky/Kurz* in *Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky*, Rz 13.37.

²²⁸ *Regal* in in *Schneeweiss/Hule*, § 19 Rz 28.

Es ist auch nicht für jeden Einzelfall eine Änderung des Gesellschaftsvertrages oder eine Firmenbuchanmeldung für die Wirksamkeit erforderlich.²²⁹ Vielmehr hat die (lediglich deklarativ wirkende) Anmeldung der Ausgabe der neuen Anteile einschließlich ihrer Verteilung auf die (Neu-)Gesellschafter/innen und die dadurch bewirkte Erhöhung des Stammkapitals jährlich im Nachhinein innerhalb eines Monats nach Ablauf des Geschäftsjahres zur Eintragung in das Firmenbuch zu erfolgen.²³⁰ Dieser sind die Übernahmeerklärungen beizuschließen und hat die Geschäftsführung eine Erklärung abzugeben, dass die Geschäftsanteile nur in Erfüllung des im Beschluss über die bedingte Kapitalerhöhung festgestellten Zwecks und nicht vor der vollen Leistung des Gegenwerts ausgegeben worden sind, der sich aus dem Beschluss ergibt.²³¹

6.1.3 Genehmigte bedingte Kapitalerhöhung

Als (eingeschränkte) Sonderform des bedingten Kapitals kann die Geschäftsführung durch Gesellschafterbeschluss²³² dazu ermächtigt werden, ausschließlich für den Zweck der Einräumung von Anteilsoptionen an Arbeitnehmer/innen, leitende Angestellte und Mitglieder der Geschäftsführung (nach dem Gesetzeswortlaut nicht jedoch auch an Aufsichtsratsmitglieder), nach pflichtgemäßen Ermessen selbst bedingtes Kapital zu schaffen.²³³ Diese kann damit ein Anteilsprogramm (auch wenn ihre Mitglieder selbst Begünstigte sind) schaffen, eine bedingte Kapitalerhöhung (auch in Tranchen) vornehmen und zum Firmenbuch anmelden.²³⁴

Im Gegensatz zum bedingten Kapital, bei dem eine Ausführungspflicht für die Geschäftsführung besteht, obliegt es beim genehmigten bedingten Kapital allein der Geschäftsführung zu entscheiden, ob und in welchen Umfang dieses

²²⁹ Kinsky/Kurz in Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky, Rz 13.39.

²³⁰ Kinsky/Kurz in Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky, Rz 13.40.

²³¹ § 20 Abs 3 FlexKapGG.

²³² Siehe zu den Beschlusserfordernissen bereits oben in FN 209. Die Ermächtigung kann für maximal fünf Jahre erteilt werden, siehe hierzu bereits oben in Punkt 6.1.1.

²³³ § 19 Abs 2 letzter Absatz FlexKapGG; Kinsky/Kurz in Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky, Rz 13.41.

²³⁴ Glas in Napokoj/Foglar-Deinhardstein/Pelinka, AktG § 159 Rz 25; Regal in Schneeweiss/Hule, § 19 Rz 66 mwN.

geschaffen wird.²³⁵ Damit muss die Geschäftsführung, anders als bei der (gewöhnlichen) bedingten Kapitalerhöhung, für die Zusage neuer Optionen über das bestehende bedingte Kapital hinaus keine neue Generalversammlung einberufen bzw andernfalls die Optionen ungesichert ausgeben.²³⁶

Zudem besteht gegenüber dem genehmigten Kapital der Vorteil, dass die neuen Geschäftsanteile bereits mit deren Ausgabe entstehen²³⁷, wohingegen beim bedingten Kapital das Entstehen der Anteilsrechte die Eintragung der Durchführung der Kapitalerhöhung im Firmenbuch voraussetzt.²³⁸

Die Geschäftsführung hat vor der Beschlussfassung über die Ausübung der Ermächtigung zur Schaffung des genehmigten bedingten Kapitals die Zustimmung des Aufsichtsrats einzuholen, sofern dieser eingerichtet ist.²³⁹

Zudem hat die Geschäftsführung den Gesellschafter/innen spätestens zwei Wochen vor Zustandekommen des Aufsichtsratsbeschlusses bzw vor der Entscheidung der Geschäftsführung einen schriftlichen Bericht zu erstatten.²⁴⁰

Auf Grundlage des Berichts steht es den Gesellschafter/innen durch Ausübung ihres Weisungsrechts dann frei, die Schaffung von bedingtem Kapital durch die Geschäftsführung zu beeinflussen bzw zu unterbinden.²⁴¹

Nach Fassung des Ausnützungsbeschlusses durch die Geschäftsführung ist dieser beim Firmenbuch anzumelden.²⁴²

²³⁵ Nagele/Lux in Artmann/Karollus, § 159 Rz 20; Regal in in Schneeweiss/Hule, § 19 Rz 62 mwN.

²³⁶ Kinsky/Kurz in Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky, Rz 13.42.

²³⁷ Siehe § 20 Abs 2 FlexKapGG.

²³⁸ Nagele/Lux in Artmann/Karollus, § 159 Rz 20; Regal in in Schneeweiss/Hule, § 19 Rz 62 mwN.

²³⁹ § 19 Abs 2 letzter Absatz FlexKapGG.

²⁴⁰ Nach § 19 Abs 2 Z 3 FlexKapGG muss dieser jedenfalls folgende Punkte enthalten: die der Gestaltung der Anteilsoptionen zugrunde liegenden Grundsätze und Leistungsanreize; Anzahl und Aufteilung der einzuräumenden und bereits eingeräumten Optionen auf Arbeitnehmerinnen, leitende Angestellte und auf die einzelnen Organmitglieder unter Angabe der jeweils beziehbaren Anzahl an Anteilen; die wesentlichen Bedingungen der Anteilsoptionsverträge, insbesondere Ausübungspreis oder die Grundlagen oder die Formel seiner Berechnung; Laufzeit sowie zeitliche Ausübungsfenster, Übertragbarkeit der Optionen und allfällige Behaltefrist für bezogene Anteile.

²⁴¹ Kinsky/Kurz in Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky, Rz 13.44.

²⁴² § 19 Abs 6 FlexKapGG.

6.2 Grundsätze nach dem dGmbHG

6.2.1 Genehmigtes Kapital

Mit dem MoMiG (2008) wurde mit dem neu geschaffenen § 55a dGmbHG bei der dGmbH das genehmigte Kapital und damit eine aus dem deutschen Aktienrecht bewährte Möglichkeit²⁴³ zur Kapitalbeschaffung implementiert. Diese bringt im Vergleich zur „klassischen“ Kapitalerhöhung den Vorteil mit sich, dass ohne Einberufung einer Gesellschafterversammlung die Aufnahme von zusätzlichem Eigenkapital sichergestellt und damit eine Zeit- und (Notar-)Kostensparnis erreicht werden kann, da vor der Durchführung einer Kapitalerhöhung keine (weitere) Änderung des Gesellschaftsvertrages, sondern lediglich eine Anmeldung zum Handelsregister erfolgen muss.²⁴⁴

Das Stammkapital wird nicht bereits durch die Ermächtigung, sondern erst durch deren spätere Ausnutzung durch die Geschäftsführung sowie die anschließende Eintragung der Kapitalerhöhung in das Handelsregister erhöht.²⁴⁵ Dabei wird die Geschäftsführung durch eine Verschiebung der gesellschaftsrechtlichen Zuständigkeit²⁴⁶ zur Vornahme einer ordentlichen/effektiven Kapitalerhöhung²⁴⁷ ohne weitere Mitwirkung der Gesellschafterversammlung berechtigt, wobei diese allerdings weiterhin Weisungen, etwa zu den Erhöhungsmodalitäten (Erhöhungs- und Ausgabebetrag) sowie zur vorübergehenden Nichtausführung oder konkreten Unterlassung einer geplanten Kapitalerhöhung, erteilen kann.²⁴⁸

Die Ermächtigung zur Durchführung einer Kapitalerhöhung in Form des genehmigten Kapitals ist grundsätzlich auch bei der UG rechtlich zulässig, wenngleich diese in der Praxis aufgrund des Volleinzahlungsgebots und des Sacheinlageverbots, solange das Mindeststammkapital der dGmbH nicht erreicht ist²⁴⁹, weniger Attraktivität aufweist.²⁵⁰

²⁴³ *Servatius in Noack/Servatius/Haas*, § 55a Rn 1.

²⁴⁴ *Lieder in Fleischer/Goette*, § 55a Rn 1.

²⁴⁵ *Lieder in Fleischer/Goette*, § 55a Rn 12.

²⁴⁶ *Lieder in Fleischer/Goette*, § 55a Rn 2.

²⁴⁷ Siehe hierzu bereits oben in Punkt 5.2. Die Durchführung einer nominellen Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln wäre nicht zulässig; *Lieder in Fleischer/Goette*, § 55a Rn 11.

²⁴⁸ *Servatius in Noack/Servatius/Haas*, § 55a Rn 3.

²⁴⁹ Siehe hierzu bereits oben in Punkt 4.2.

²⁵⁰ *Servatius in Noack/Servatius/Haas*, § 55a Rn 1.

Der Geschäftsführung²⁵¹ kann im Gründungsgesellschaftsvertrag²⁵² oder durch eine spätere Satzungsänderung²⁵³ für höchstens fünf Jahre nach der jeweiligen Eintragung im Handelsregister dazu ermächtigt werden, das Stammkapital bis zu einem bestimmten Nennbetrag, welcher die Hälfte des Stammkapitals, das zur Zeit der Wirksamkeit der Ermächtigung²⁵⁴ vorhanden ist, nicht übersteigen darf, durch Ausgabe neuer Geschäftsanteile gegen Einlagen zu erhöhen. Zulässig ist die Festlegung eines Höchstbetrages, bis zu dem das Stammkapital erhöht werden kann, sowie (alternativ oder kumulativ) eines maximal zulässigen Erhöhungsbetrages.²⁵⁵

Selbst für den Fall, dass die gesetzliche Maximalfrist zur Anwendung kommen soll, muss diese ausdrücklich im Ermächtigungsbeschluss durch Angabe eines bestimmten Ablaufdatums oder eines eindeutig bestimmbaren Zeitraums mitaufgenommen werden.²⁵⁶ Eine Fristverlängerung ist durch einen weiteren Gesellschafterbeschluss und der neuerlichen Änderung der Satzung unter Einhaltung der jeweiligen Formvorschriften möglich.²⁵⁷

Der Ermächtigungsbeschluss ist von der Geschäftsführung beim Handelsregister in vertretungsberechtigter Anzahl anzumelden und wird das genehmigte Kapital mit der Eintragung wirksam.²⁵⁸

Neben den zwingenden Angaben zum Nennbetrag, aus denen dieser eindeutig bestimmbar sein muss²⁵⁹, sowie der Frist, innerhalb derer die Erhöhung zulässig sein soll, kann die Ermächtigung auch andere Vorgaben und Beschränkungen vorsehen, wie zB die Festlegung der Anzahl und Nennbeträge der neuen

²⁵¹ Alternativ kann die Ermächtigung zur Ausnutzung von genehmigtem Kapital (nicht jedoch auch die Schaffung durch Satzungsänderung) auch einem (unternehmensleitenden) Beirat übertragen werden; *Lieder in Fleischer/Goette*, § 55a Rn 13 mwN.

²⁵² § 55a Abs 1 dGmbHG.

²⁵³ § 55a Abs 2 dGmbHG. Hierbei sind die allgemeinen Vorschriften über die Änderung der Gesellschaftssatzung (Dreiviertelmehrheit und notarielle Beurkundung) einzuhalten; siehe § 53 dGmbHG sowie oben in Punkt 5.2.

²⁵⁴ *Servatius in Noack/Servatius/Haas*, § 55a Rn 5 mwN.

²⁵⁵ *Servatius in Noack/Servatius/Haas*, § 55a Rn 5.

²⁵⁶ *Lieder in Fleischer/Goette*, § 55a Rn 26; aA *Servatius in Noack/Servatius/Haas*, § 55a Rn 4.

²⁵⁷ Siehe hierzu oben in Punkt 5.2; *Lieder in Fleischer/Goette*, § 55a Rn 27.

²⁵⁸ *Lieder in Fleischer/Goette*, § 55a Rn 19, 21.

²⁵⁹ *Lieder in Fleischer/Goette*, § 55a Rn 23.

Geschäftsanteile sowie des Mindestbetrages der Kapitalerhöhung, Vorgaben zur Berechnung des Ausgabebetrages, die Bindung der Durchführung der Kapitalerhöhung an einen bestimmten Zweck oder konkret zu erreichende Meilensteine, sowie die Weisung, nur eine bestimmte Art einer (neu zu schaffenden oder bereits bestehenden) Anteilsgattung auszugeben.²⁶⁰ Des Weiteren kann die Ausnutzung des genehmigten Kapitals auch von einer gesondert zu erteilenden Zustimmung der Gesellschafterversammlung oder eines allfällig eingerichteten Aufsichtsrates abhängig gemacht werden.²⁶¹

Eine Kapitalerhöhung gegen Sacheinlage ist nur zulässig, wenn dies ausdrücklich in der Ermächtigung vorgesehen ist.²⁶² Es ist grds ausreichend, wenn schlicht die Zulässigkeit von Sacheinlagen festgehalten wird, es können aber auch Konkretisierung hinsichtlich des Einlagegegenstandes und anderer Einlagemodalitäten, wie bspw die Beschränkung auf bestimmte Vermögenswerte oder auf das Verhältnis zwischen Bar- und Sacheinlage sowie Vorgaben zum Nennbetrag der gegen Sacheinlagen auszugebenden Sacheinlagen mitaufgenommen werden.²⁶³ Im Ausnutzungsbeschluss hat die Geschäftsführung nach pflichtgemäßen Ermessen sowie unter Beachtung der Vorgaben im Ermächtigungsbeschluss den Gegenstand der Sacheinlage, die Übernehmer, die Anzahl und den Nennbetrag der auszugebenden Geschäftsanteile festzusetzen.²⁶⁴

Den bestehenden Gesellschaftern kommt, wie bei der regulären Kapitalerhöhung²⁶⁵, bei der Ausnutzung des genehmigten Kapitals ein gesetzliches Bezugsrecht, sohin ein Recht auf eine verhältnismäßige Übernahme der neu ausgegebenen Geschäftsanteile zu.²⁶⁶

Beim genehmigten Kapital bestehen zwei Möglichkeiten, das Bezugsrecht der Gesellschafter auszuschließen: Dieser kann entweder bereits von den Gesellschaftern im Gründungsgesellschaftsvertrag bzw im Ermächtigungs-

²⁶⁰ *Lieder in Fleischer/Goette*, § 55a Rn 28.

²⁶¹ *Lieder in Fleischer/Goette*, § 55a Rn 28, 41, 42ff.

²⁶² § 55a Abs 3 dGmbHG.

²⁶³ *Lieder in Fleischer/Goette*, § 55a Rn 63, 65.

²⁶⁴ *Lieder in Fleischer/Goette*, § 55a Rn 66.

²⁶⁵ Siehe hierzu oben in Punkt 5.2.

²⁶⁶ *Lieder in Fleischer/Goette*, § 55a Rn 71.

beschluss mitaufgenommen werden, oder kann die Geschäftsführung bei der Ausnutzung des genehmigten Kapitals dazu ermächtigt werden, das Bezugsrecht der Gesellschafter nach allfälligen Vorgaben im Ermächtigungsbeschluss ganz oder teilweise zu beschließen.²⁶⁷ Der Bezugsrechtsausschluss oder die Ermächtigung der Geschäftsführung diesen selbst zu beschließen muss jeweils ausdrücklich im Beschluss enthalten sein, um Wirksamkeit zu erlangen.²⁶⁸ Für das wirksame Zustandekommen bedarf es einer Dreiviertelmehrheit der abgegeben Stimmen sowie der notariellen Beurkundung.²⁶⁹

Der im Gesellschaftsvertrag oder Ermächtigungsbeschluss konkret beschlossene Bezugsrechtsausschluss muss in der Tagesordnung angekündigt werden und ist von der Geschäftsführung eine schriftliche Begründung vorzulegen, in der das Vorliegen der materiellen Voraussetzungen für die Zulässigkeit des Bezugsrechtsausschlusses ausgeführt werden.²⁷⁰ Dieser ist in materieller Hinsicht nur dann zulässig, wenn er im Interesse der Gesellschaft sachlich gerechtfertigt ist.²⁷¹

Wird die Geschäftsführung ermächtigt, selbst nach pflichtgemäßem Ermessen über einen Bezugsrechtsausschluss zu entscheiden, handelt es sich hierbei um eine Geschäftsführungsmaßnahme und bedarf es keiner Zustimmung eines allenfalls eingerichteten Aufsichtsrats.²⁷² Allerdings ist die Geschäftsführung vor Ausnutzung des genehmigten Kapitals dazu verpflichtet, den Gesellschaftern einen Vorabbericht über die maßgeblichen Aspekte des beabsichtigten Bezugsrechtsausschlusses zu informieren.²⁷³ Nur für den Fall, dass das Bezugsrecht gänzlich oder teilweise ausgeschlossen wird, hat die Geschäftsführung gesondert auch über die Zulassung zur Kapitalerhöhung einen Beschluss zu fassen.²⁷⁴

²⁶⁷ *Lieder* in *Fleischer/Goette*, § 55a Rn 72, 79 mwN.

²⁶⁸ *Lieder* in *Fleischer/Goette*, § 55a Rn 79.

²⁶⁹ *Lieder* in *Fleischer/Goette*, § 55a Rn 74.

²⁷⁰ *Lieder* in *Fleischer/Goette*, § 55a Rn 75f, 80.

²⁷¹ Siehe bereits oben in Punkt 5.2; *Lieder* in *Fleischer/Goette*, § 55a Rn 77.

²⁷² *Lieder* in *Fleischer/Goette*, § 55a Rn 81.

²⁷³ *Lieder* in *Fleischer/Goette*, § 55a Rn 83 mwN.

²⁷⁴ *Servatius* in *Noack/Servatius/Haas*, § 55a Rn 19.

Über die Ausnutzung des genehmigten Kapitals, den konkreten Umfang und den Zeitpunkt einer Kapitalerhöhung sowie ob und in welcher Höhe neue Geschäftsanteile ausgegeben werden entscheidet die Geschäftsführung innerhalb der Vorgaben in der ihr erteilten Ermächtigung nach pflichtgemäßem Ermessen sowie unter Einhaltung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht und des Gleichbehandlungsgrundsatzes.²⁷⁵ Sie entscheidet sohin insb über den Erhöhungsbetrag, über die Anzahl und den Nennbetrag der neu ausgegebenen Geschäftsanteile, darüber, ob das gesamte genehmigte Kapital oder nur eine Tranche ausgenutzt wird, über die Zulassung einer Sacheinlage, über einen Bezugsrechtsausschluss sowie über die Zulassung der Übernehmer.²⁷⁶

Sofern keine anderen Vorgaben in der Ermächtigung gemacht wurden, ist die Geschäftsführung nicht dazu verpflichtet, die Gesellschafter vor der Ausnutzung des genehmigten Kapitals zu informieren, sofern es sich hierbei nicht um eine grundlegende Maßnahme oder Entscheidung nach § 49 Abs 2 dGmbHG handelt.²⁷⁷ Zudem setzt die Ausnutzung des genehmigten Kapitals auch nicht die Einholung der Zustimmung eines Aufsichtsrats, sei es für den Fall, dass dieser zwingend oder freiwillig eingerichtet worden ist, oder die vorherige Berichterstattung an diesen voraus, sofern in der Satzung oder im Ermächtigungsbeschluss nicht ausdrücklich etwas anderes geregelt wurde.²⁷⁸

Die Durchführung der Kapitalerhöhung folgt den allgemeinen Prinzipien der ordentlichen/effektiven Kapitalerhöhung.²⁷⁹ Vor der Eintragung der Kapitalerhöhung zum Handelsregister müssen die gesetzlich vorgeschriebenen Mindestleistungen (bei Bareinlagen muss zumindest ein Viertel des Nennbetrags einbezahlt werden, Sacheinlagen müssen vollständig geleistet werden²⁸⁰) erbracht worden sein.²⁸¹

Für die Anpassung der Satzung an das geänderte Stammkapital ist zwar anerkannt, dass es im Sinne der durch das genehmigte Kapital zu erzielenden

²⁷⁵ *Lieder* in *Fleischer/Goette*, § 55a Rn 35, 45.

²⁷⁶ *Lieder* in *Fleischer/Goette*, § 55a Rn 46.

²⁷⁷ *Lieder* in *Fleischer/Goette*, § 55a Rn 39 mwN, 40.

²⁷⁸ *Lieder* in *Fleischer/Goette*, § 55a Rn 42.

²⁷⁹ Siehe oben in Punkt 5.2.

²⁸⁰ Siehe §§ 56a iVm 7 Abs 2 und Abs 3 dGmbHG.

²⁸¹ *Servatius* in *Noack/Servatius/Haas*, § 55a Rn 20.

Effizienz keines weiteren Gesellschafterbeschlusses samt notarieller Beurkundung bedarf und eine Übertragung der Anpassungszuständigkeit auf die Geschäftsführung zulässig ist.²⁸² Strittig ist jedoch, ob sich die Übertragung der Satzungsabänderungskompetenz bereits als Annexkompetenz aus der Ermächtigung zur Erhöhung des Stammkapitals abgeleitet werden kann.²⁸³ Jedenfalls zulässig und ratsam für die Praxis bis zur höchstrichterlichen Klärung, ob die Änderungskompetenz bereits implizit mit der Ermächtigung übertragen wird, ist es, diese im Gesellschaftsvertrag bzw Ermächtigungsbeschluss ausdrücklich an die Geschäftsführung der Gesellschaft im Falle der Ausnutzung des genehmigten Kapitals zu übertragen.²⁸⁴

6.2.2 Bedingte Kapitalerhöhung und genehmigte bedingte Kapitalerhöhung

Das dGmbHG kennt keine den neuen Bestimmungen des FlexKapGG entsprechenden Regelungen zur bedingten Kapitalerhöhung bzw zur genehmigten bedingten Kapitalerhöhung.²⁸⁵

Im Gegensatz zum dAktG²⁸⁶, nach dem neue Geschäftsanteile automatisch mit Ausübung eines Options- bzw Wandlungsrechts entstehen, sieht das dGmbHG weder zur bedingten Kapitalerhöhung noch zur genehmigten bedingten Kapitalerhöhung eine vergleichbare gesetzliche Grundlagen vor, sodass diese Art der Kapitalerhöhung in der Praxis „synthetisch“, dh auf schuldrechtlicher Basis nachgebildet werden müssen.²⁸⁷ Dies in der Form eines dreipersonalen Vertrages zwischen der Darlehensnehmerin (der zu finanzierenden Gesellschaft), dem Darlehensgeber sowie sämtlichen (übrigen) Gesellschaftern/innen der Gesellschaft, in dem vereinbart wird, dass der Darlehensgeber berechtigt ist zu verlangen, dass eine Barkapitalerhöhung mit Übernahme eines neu auszugebenden Geschäftsanteils zu dessen Nennwert (im Fall der Optionsanleihe) oder eine Sachkapitalerhöhung gegen Einbringung des

²⁸² *Lieder* in *Fleischer/Goette*, § 55a Rn 50, 51; *Servatius* in *Noack/Servatius/Haas*, § 55a Rn 21.

²⁸³ Gegen diese Ansicht siehe *Lieder* in *Fleischer/Goette*, § 55a Rn 53.

²⁸⁴ *Lieder* in *Fleischer/Goette*, § 55a Rn 54; *Servatius* in *Noack/Servatius/Haas*, § 55a Rn 21.

²⁸⁵ ErlRV 2320 BlgNR 27. GP, 12.

²⁸⁶ §§ 192, 193 dAktG.

²⁸⁷ *Fleischer/Pendl*, GmbHR 2024, 174 (186), Rz 49; *Hofert/Arends*, Mezzanine-Finanzierung der GmbH, GmbHR 2005, 1381 (1383).

Anspruchs auf Rückzahlung des Darlehens (im Fall der Wandelanleihe) durchgeführt wird, oder alternativ, dass (ein oder mehrere Teile) von Geschäftsanteilen von den bestehenden Gesellschaftern an den Darlehensgeber abzutreten sind (wobei hier diesfalls bei Vertragsabschluss die Formvorschriften für die Übertragung von Geschäftsanteilen²⁸⁸ einzuhalten sind).²⁸⁹

6.3 Fazit

Sowohl die FlexCo als auch die dGmbH bieten spezielle Mechanismen, um diesen eine schnellere und flexiblere Kapitalbeschaffung zu ermöglichen und damit den Bedürfnissen von Unternehmen, insb Start-Ups, gerecht werden.

Die Vorschriften zum genehmigten Kapital sind bereits nach dem Wortlaut des § 21 FlexKapGG und § 55a dGmbHG nahezu ident. Zudem decken sich iW die Zulässigkeitsvoraussetzungen und Vorgaben zur Ausnutzung des genehmigten Kapitals durch die Geschäftsführung (insb in Hinblick auf den maximal zulässigen Höchstbetrag bis zur Hälfte des bestehenden Stammkapitals, Zeichnungsfrist von fünf Jahren, Weisungen und Beschränkungen durch die Gesellschafter, Voraussetzungen für den Bezugsrechtsausschluss).

Eine erwähnenswerte Sonderbestimmung bei der FlexCo ist die Verpflichtung der Geschäftsführung, zu ihrem Ausübungsbeschluss vorab die Zustimmung von einem allenfalls eingerichteten Aufsichtsrat einzuholen. Eine vergleichbare Pflicht besteht bei der dGmbH nicht, sodass diesbezüglich eine gewissere Erleichterung bei der Ausnützung des genehmigten Kapitals besteht. Dies insb in Hinblick auf die Verpflichtung bei der FlexCo bereits dann einen Aufsichtsrat zu bestellen, wenn die Gesellschaft zumindest eine mittelgroße Kapitalgesellschaft im Sinn des § 221 Abs 2 und 4 österreichisches Unternehmensgesetzbuch ist.²⁹⁰

Das genehmigte Kapital umfasst bei der FlexCo zudem die Ausgabe von UW-Anteilen. Demgegenüber fehlt eine vergleichbare Anteilsklasse bei der dGmbH und somit auch die Möglichkeit, diese bei der Ausnutzung des genehmigten Kapitals auszugeben.

²⁸⁸ Siehe unten in Punkt 7.2

²⁸⁹ *Seibt* in *Scholz*, Kommentar zum GmbH-Gesetz^{12/13} § 14 Rz 151 mwN.

²⁹⁰ § 6 FlexKapGG; siehe kritisch zur „früher“ einsetzenden Aufsichtsratspflicht bei der FlexCo in *A. Reich-Rohrwig* in *Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky*, Rz 9.1.

Darüber hinaus fehlen im dGmbHG im Gegensatz zum dAktG Regelungen zum bedingten Kapital, sodass dieses nur durch ein dreipersonales Vertragsverhältnis zwischen Gesellschaft, Darlehensgeber und übrigen Gesellschaftern nachgebildet werden kann. Demgegenüber bietet die FlexCo mit den neuen Regelungen zur bedingten sowie genehmigten bedingten Kapitalerhöhung einen erweiterten Handlungsspielraum für Unternehmen, welcher sich insb bei der Investorensuche und deren Absicherung positiv auswirken kann. Da bei der bedingten Kapitalerhöhung jedoch bereits im Gesellschaftsvertrag oder Gesellschafterbeschluss die genauen Bedingungen für die Ausgabe sowie die für die Berechnung der neu auszugebenden Anteile heranzuziehende (Mindest-)Bewertung der Gesellschaft festzulegen und entsprechend im Firmenbuch zu veröffentlichen sind, wird in der Praxis womöglich nur selten auf diese Möglichkeiten zurückgegriffen werden.

Beide Gesellschaftsformen sehen verschiedene Mechanismen zur Kapitalerhöhung vor. Allerdings besteht bei der FlexCo aufgrund der größeren Bandbreite an Maßnahmen für die Kapitalbeschaffung eine höhere Flexibilität, die insbesondere für Start-Ups von Vorteil sein kann. Die dGmbH hingegen setzt auf bewährte Mechanismen, die durch ihre langjährige Effizienz und Rechtssicherheit überzeugen. Beide Gesellschaftsformen bieten somit Vor- und Nachteile, die je nach Unternehmensbedürfnissen abzuwägen sind.

7 Geschäftsanteil

Geschäftsanteile an einer FlexCo und dGmbH spiegeln die Beteiligung der Gesellschafter/innen und die damit verbundenen Rechte und Pflichten wider. Im Folgenden werden die wesentlichen Charakteristika und die Voraussetzungen für deren Erwerb nach dem FlexKapGG und dGmbHG dargestellt.

7.1 Grundsätze nach dem FlexKapGG

7.1.1 Definition und Charakteristika

Geschäftsanteile an einer FlexCo unterliegen – mit gewissen Ausnahmen – demselben Regime wie bei der öGmbH. Ein Geschäftsanteil stellt die Gesamtheit der Rechte und Pflichten eines/r Gesellschafters/in aus dem

Gesellschaftsverhältnis dar²⁹¹ und vermittelt Mitbestimmungs-, Kontroll-, Individual- und Minderheitsrechte sowie bestimmte mitgliedschaftliche Pflichten (insb zur Leistung der übernommenen Einlage)²⁹².

Wie bei der öGmbH gilt zwischen dem Vermögen einer FlexCo und eines/r Gesellschafters/in das strenge Trennungsprinzip: Weder hat die Gesellschaft (sofern es über die vertraglich zugesagte Einlagepflicht hinausgeht) Zugriff auf das Vermögen des/r Gesellschafters/in, noch kann ein/e Gesellschafter/in bzw dessen/deren Gläubiger auf das Vermögen der Gesellschaft Exekution führen.²⁹³

Demgegenüber wird mit dem Begriff „Stammeinlage“ jener Betrag dargestellt, mit dem sich ein/e Gesellschafter/in an dem Stammkapital einer Gesellschaft beteiligt.²⁹⁴ Zwischen dem Geschäftsanteil als Summe der Anteilsrechte eines/r Gesellschafters/in und der Stammeinlage ist daher streng zu unterscheiden und bestimmt sich der Wert eines Geschäftsanteils auch nicht nach der Summe der Stammeinlage, sondern nach dem bei einer Übertragung bzw einem Verkauf im Wege der Zwangsvollstreckung erzielbaren Preis.²⁹⁵

Die Höhe eines Geschäftsanteils sowie das Ausmaß der damit verbundenen Rechte (insb Stimm- und Minderheitenrechte) bestimmt sich, sofern im Gesellschaftsvertrag nichts anderes geregelt wird, nach der Höhe der übernommenen Stammeinlage.²⁹⁶ Demgegenüber richtet sich die Höhe des Gewinnanspruchs sowie des Anspruchs auf Liquidationserlös mangels besonderer Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag nach dem Verhältnis der eingezahlten Stammeinlagen.²⁹⁷

7.1.2 Erwerb und Mindest(einzahlungs)höhe

Geschäftsanteile können entweder originär im Zuge der Gesellschaftsgründung bzw einer Kapitalerhöhung oder derivativ durch Rechtsgeschäft (insb

²⁹¹ Rauter in *Straube/Ratka/Rauter*, § 75 Rz 13 mwN.

²⁹² J. Reich-Rohrwig in *Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky*, Rz 7.1.

²⁹³ J. Reich-Rohrwig in *Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky*, Rz 7.2.

²⁹⁴ Rauter in *Straube/Ratka/Rauter*, § 75 Rz 20 mwN.

²⁹⁵ RIS-Justiz RS0059883.

²⁹⁶ § 1 Abs 2 FlexKapGG iVm § 75 öGmbHG; J. Reich-Rohrwig in *Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky*, Rz 7.4.

²⁹⁷ § 82 Abs 2 und § 91 Abs 3 öGmbHG; § 9 Abs 3 FlexKapGG.

Kauf/Abtretung, Tausch, Schenkung, Einbringung als Sacheinlage, Vererbung, ect) erworben werden.²⁹⁸

Die Stammeinlagen einzelner Gesellschafter/innen muss abweichend von § 6 Abs 1, § 54 Abs 3 und § 58 öGmbHG mindestens EUR 1 betragen und dürfen nicht unter diesen Betrag herabgesetzt werden.²⁹⁹ Der Betrag der Stammeinlage kann für die einzelnen Gesellschafter verschieden bestimmt werden.³⁰⁰

Auf jede bar zu leistende Stammeinlage muss abweichend von § 10 Abs 1 erster Satz öGmbHG mindestens ein Viertel, jedenfalls aber ein Betrag von EUR 1 eingezahlt sein; soweit auf eine Stammeinlage weniger als EUR 1 bar zu leisten ist, muss die Bareinlage voll eingezahlt sein.³⁰¹ Zudem ist bei der Übernahme von UW-Anteilen die Stammeinlage sofort in voller Höhe zu leisten.³⁰²

Da das FlexKapGG keine Sonderbestimmungen zum Mindestbetrag der in bar zu leistenden Einlagen vorsieht, gelangen die allgemeinen Bestimmungen des § 10 Abs 1 zweiter Satz öGmbHG zur Anwendung, sodass mindestens EUR 5.000 eingezahlt werden müssen.³⁰³ Bei Gründungen mit dem gesetzlichen Mindeststammkapital iHv EUR 10.000 wird die Viertelregelung daher durch eine Hälfteregelung ersetzt.³⁰⁴

7.1.3 Sacheinlage

Die Stammeinlage kann auch durch Einbringung eines Vermögensgegenstandes, welcher einen positiven wirtschaftlichen Wert haben muss, erbracht werden, wobei maximal der Verkehrswert auf die übernommene Stammeinlage angerechnet werden darf und diese vor Anmeldung der Gesellschaftsgründung bzw Kapitalerhöhung zum Firmenbuch an die Gesellschaft geleistet werden muss.³⁰⁵

²⁹⁸ J. Reich-Rohrwig in Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky, Rz 7.5.

²⁹⁹ § 3 FlexKapGG.

³⁰⁰ § 1 Abs 2 FlexKapGG iVm § 6 Abs 2 öGmbHG.

³⁰¹ § 5 FlexKapGG.

³⁰² § 9 Abs 2 zweiter Satz FlexKapGG.

³⁰³ P. Schörghofer in Rastegar/Rastegar/Rastegar, § 5 Rz 4.

³⁰⁴ P. Schörghofer in Rastegar/Rastegar/Rastegar, § 5 Rz 6; van Husen in Straube/Ratka/Rauter, § 10 Rz 94.

³⁰⁵ J. Reich-Rohrwig in Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky, Rz 3.21.

Sacheinlagen sind – mit Ausnahme bei UW-Anteilen³⁰⁶ – jedenfalls zulässig, wenn mindestens die Hälfte des Stammkapitals durch Bareinlagen aufgebracht wird bzw keine Privilegierung für die Fortführung in anderen Rechtsformen bestehender Unternehmen vorliegt.³⁰⁷ Bei Überschreiten des Hälftebetrages bzw fehlender privilegierter Unternehmensfortführung muss eine Gründungsprüfung nach aktienrechtlichen Vorschriften vorgenommen werden.³⁰⁸

Soll die Vergütung für Vermögensgegenstände, die von der Gesellschaft übernommen werden, auf die Stammeinlage angerechnet werden, so sind die Person des/r Gesellschafters/in, der Gegenstand der Übernahme, sowie der Geldwert, wofür die Vermögensgegenstände übernommen werden, im Einzelnen genau und vollständig festzusetzen.³⁰⁹

Der/die einbringende Gesellschafter/in haftet dafür, wenn der Wert der Sacheinlage im Zeitpunkt der Anmeldung der FlexCo zur Eintragung im Firmenbuch den Betrag der übernommenen Stammeinlage nicht erreicht und hat in Höhe des Fehlbetrags eine Einlage in Geld zu leisten.³¹⁰ Daneben besteht eine persönliche Haftung der Geschäftsführung³¹¹, sowie eine Ausfallhaftung der übrigen Gesellschafter³¹² (nicht aber der UW-Berechtigten³¹³) für den Fehlbetrag der überbewerteten Sacheinlage. Der Anspruch der Gesellschaft verjährt in fünf Jahren seit der Eintragung der Gesellschaft in das Firmenbuch.³¹⁴

7.1.4 Gattungen

Bei der FlexCo wurde vom bei der öGmbH geltenden Grundsatz der Einheit des Geschäftsanteils³¹⁵ abgegangen, um so den Erwerb von Anteilen in verschiedenen Finanzierungsrunden mit unterschiedlichen Gattungen von

³⁰⁶ *Rastegar/Rastegar/Rastegar* in *Rastegar/Rastegar/Rastegar*, § 9 Rz 166.

³⁰⁷ § 1 Abs 2 FlexKapGG iVm § 6a öGmbHG.

³⁰⁸ *Winkler/Winkler* in *F/A/H*, GmbHG² § 6a Rz 1.

³⁰⁹ § 1 Abs 2 FlexKapGG iVm § 6 Abs 4 öGmbHG.

³¹⁰ § 1 Abs 2 FlexKapGG iVm § 10a Abs 1 öGmbHG.

³¹¹ § 1 Abs 2 FlexKapGG iVm § 10 Abs 4 bis 6 öGmbHG.

³¹² § 1 Abs 2 FlexKapGG iVm § 70 öGmbHG.

³¹³ § 9 Abs 2 dritter Satz FlexKapGG.

³¹⁴ § 1 Abs 2 FlexKapGG iVm § 10a Abs 2 öGmbHG.

³¹⁵ § 75 Abs 2 öGmbHG.

Geschäftsanteilen zu ermöglichen.³¹⁶ Daneben ist auch die Bildung von unterschiedlichen UW-Anteilsklassen zulässig.³¹⁷

Neu eingeführt wurde die Möglichkeit, dass im Gesellschaftsvertrag die Stückelung von Geschäftsanteilen in Stammeinlageanteile von jeweils zumindest EUR 1 Nennbetrag vorgesehen werden kann.³¹⁸ Nach ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung gilt § 75 Abs 2 öGmbHG im Falle der Ausgabe von Stückanteilen nicht und ist es somit jedem/r Gesellschafter/in möglich, mehrere Stückanteile gleicher oder unterschiedlicher Gattung zu halten und getrennt darüber zu verfügen.³¹⁹ Bei Erhöhungen der Beteiligung kommt es daher – anders als bei der öGmbH – sohin nicht zu einer Anwachsung zum bisher bestehenden Geschäftsanteil, sondern erfolgt die Beteiligung durch die Übernahme neu ausgegebener Stückanteile.³²⁰ Zudem bedarf es auch keiner Teilung³²¹, wenn ein/e Gesellschafter/in nur einen Teil seiner/ihrer Beteiligung veräußern möchte. Damit ist es der FlexCo möglich, unterschiedliche Geschäftsanteilsgattungen auszugeben und sind die Gesellschafter/innen berechtigt, mehrere Anteilsgattungen vereint zu halten.³²²

Werden hingegen nur „herkömmliche“ Geschäftsanteile ausgegeben, darf kein Gesellschafter bei der Gesellschaftserrichtung oder einer Kapitalerhöhung mehrere Stammeinlagen übernehmen.³²³ Wird von einem/r Gesellschafter/in eine weitere Stammeinlage in Form eines „herkömmlichen“ Geschäftsanteils übernommen, so wird der bisherigere Geschäftsanteil (wie bei der öGmbH) in dem der erhöhten Stammeinlage entsprechenden Verhältnisse erhöht.³²⁴

Stückanteile sind eine besondere Art von Geschäftsanteil und innerhalb

³¹⁶ ErlRV 2320 BlgNR 27. GP, 11.

³¹⁷ *Rastegar/Rastegar/Rastegar*, FlexKapGG-ON^{1.00} § 9 Rz 23; *Aubrunner/Fürst*, Unternehmenswertanteile der FlexCo, GesRZ 2023, 359 (361).

³¹⁸ § 13 erster Satz FlexKapGG.

³¹⁹ § 13 zweiter und dritter Satz FlexKapGG.

³²⁰ *Gelter* in *Rastegar/Rastegar/Rastegar*, § 13 Rz 1, 2, 15.

³²¹ Eine Teilung von Stückanteilen iSd § 79 Abs 1 öGmbHG ist vielmehr gesetzlich ausgeschlossen (§ 13 vierter Satz FlexKapGG).

³²² *Told*, Die FlexCo im Spannungsfeld multipler Gesellschafterkategorien, ÖJZ 2023/153, 897 (904).

³²³ § 1 Abs 2 FlexKapGG iVm § 6 Abs 2 und 3 iVm § 52 Abs 6 öGmbHG.

³²⁴ § 1 Abs 2 FlexKapGG iVm § 75 Abs 2 zweiter Satz öGmbHG.

derselben Anteilsklasse einheitlich bzw homogen ausgestaltet.³²⁵ Sie verfügen zudem jeweils über einen gleich hohen Stammanteil und dieselben Rechte und Pflichten.³²⁶ Bei verschiedenen Anteilsklassen sind auch unterschiedliche Stammeinlagebeträge möglich.³²⁷ Aus teleologischer und rechtspolitischer Sicht (Stichwort „Flexibilität“) ist zudem die Möglichkeit einer Kombination von „herkömmlichen“ Geschäftsanteilen und Stückaktien in unterschiedlichen Klassen zu bejahen, wobei bei der Gestaltung des Gesellschaftsvertrages, insb in Hinblick auf die Regelungen zur Ermittlung der Stimmkraft der jeweiligen Gesellschafter, besondere Sorgfalt geboten ist.³²⁸

Grundsätzlich werden Gesellschafter/innen je zehn Euro einer übernommenen Stammeinlage eine Stimme gewährt, Bruchteile unter zehn Euro werden nicht gezählt. Im Gesellschaftsvertrag kann eine abweichende Regelung getroffen werden, jedem Gesellschafter muss aber zumindest eine Stimme zukommen.³²⁹ Für die Gewichtung des Stimmrechts kommt es, vorbehaltlich einer abweichenden Regelung im Gesellschaftsvertrag, nur auf die übernommene Stammeinlage, nicht jedoch auf die Höhe der einbezahlten Einlage an.³³⁰

Anders als bei der öGmbH, bei der die uneinheitliche Stimmabgabe für einen Geschäftsanteil (zumindest bisher³³¹) für unzulässig erachtet wird³³², ist es Gesellschafter/innen einer FlexCo, denen mehrere Stimmen zustehen, ausdrücklich gestattet, ihr Stimmrecht auch uneinheitlich auszuüben.³³³ Nicht erforderlich ist, dass diese Stimmen aus verschiedenen Geschäftsanteilen abgeleitet werden.³³⁴ Die uneinheitliche Stimmrechtsausübung kann

³²⁵ *Gelter in Rastegar/Rastegar/Rastegar*, § 13 Rz 2, 15.

³²⁶ *Gelter in Rastegar/Rastegar/Rastegar*, § 13 Rz 2.

³²⁷ ZB EUR 10 pro Stückanteil in einer Series A Finanzierungsrunde und EUR 20 pro Stückanteil in einer Series B Finanzierungsrunde; *Gelter in Rastegar/Rastegar/Rastegar*, § 13 Rz 17.

³²⁸ *Gelter in Rastegar/Rastegar/Rastegar*, § 13 Rz 18.

³²⁹ § 1 Abs 2 FlexKapGG iVm § 39 Abs 2 öGmbHG.

³³⁰ *Enzinger in Straube/Ratka/Rauter*, § 39 Rz 22, 23.

³³¹ Siehe hierzu die jüngste Entscheidung OGH vom 26.4.2024 6Ob109/23g, in der eine gespaltene Stimmrechtsausübung bei treuhändig gehaltenen Geschäftsanteilen neuerdings auch bei der öGmbH für zulässig erachtet wurde.

³³² *Enzinger in Straube/Ratka/Rauter*, § 39 Rz 36 ff; *Hule in in Schneeweiss/Hule*, § 1 Rz 1.

³³³ § 8 FlexKapGG.

³³⁴ *Hule in in Schneeweiss/Hule*, § 8 Rz 8.

gesellschaftsvertraglich jedoch ausgeschlossen werden.³³⁵ Als Hauptanwendungsfall für die uneinheitliche Stimmabgabe wird der Fall angesehen, in dem Gesellschafter/innen schuldrechtlich, etwa aufgrund eines Treuhandverhältnisses über einen Teil ihres Geschäftsanteils, dazu verpflichtet sind, einen Teil ihres Stimmrechts in fremdbestimmter Form auszuüben.³³⁶

Anteilsklassen werden durch verschieden weitreichende Rechte und Pflichten definiert, wobei einen oder mehreren Anteilsklassen regelmäßig Sonderrechte eingeräumt werden. Diese können bspw sein: Vorzugsrechte bei der Verteilung von Gewinnen oder Liquidationserlösen, bevorzugte Bezugsrechte bei Kapitalerhöhungen oder anderen Finanzierungsinstrumenten, Einräumung eines Verwässerungsschutzes bei einer späteren Kapitalerhöhung mit einem geringeren Ausgabepreis, Entsende- und/oder Nominierungsrechte für die Geschäftsführung, Aufsichtsrat oder Beirat der Gesellschaft, Zustimmungs- und Vetorechte bei Gesellschafterbeschlüssen.³³⁷ Der Gesetzgeber hat ausdrücklich davon abgesehen, im FlexKapGG den Begriff der Gattung näher zu definieren und spezielle Regelungen dafür vorzusehen, sodass es bei der Ausgestaltung von Anteilsgattungen im Wege der Privatautonomie lediglich die Vorgaben zwingenden Rechts einzuhalten gilt.³³⁸

Nachträgliche Eingriffe in die Rechte einzelner Gattungen oder die Stärkung bestimmter Gattungen zu Lasten anderer Gattungen ist nur mit Zustimmung der benachteiligten Gesellschafter/innen möglich.³³⁹ Im Gesellschaftsvertrag kann zudem vorgesehen werden, dass zusätzlich zu den allgemeinen Beschlusserfordernissen für Satzungsänderungen ein Sonderbeschluss der betroffenen Gesellschafter in gesonderter Abstimmung iSd § 146 Abs 2 öAktG notwendig ist, wenn das bisherige Verhältnis mehrerer Anteilgattungen zum Nachteil einer Gattung geändert wird.³⁴⁰

Stimmrechtslose Vorzugsgeschäftsanteile sind auch bei der FlexCo nicht

³³⁵ Hule in in *Schneeweiss/Hule*, § 8 Rz 18.

³³⁶ ErlRV 2320 BlgNR 27. GP, 4; Hule in in *Schneeweiss/Hule*, § 8 Rz 3.

³³⁷ J. Reich-Rohrwig in *Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky*, Rz 7.7.

³³⁸ ErlRV 2320 BlgNR 27. GP, 11; Eckert/Schopper in *Eckert/Schopper*, AktG-ON^{1.00} § 146 Rz 21.

³³⁹ § 1 Abs 2 FlexKapGG iVm § 50 Abs 4 öGmbHG.

³⁴⁰ ErlRV 2320 BlgNR 27. GP, 11; Eckert/Schopper in *Eckert/Schopper*, § 146 Rz 17.

zulässig³⁴¹, es besteht aber die Möglichkeit UW-Anteile, welchen kein Stimmrecht zukommt, auszugeben.³⁴²

7.1.5 Anteilserwerb und -veräußerung Formvorschriften; Vinkulierung

Geschäftsanteile an einer FlexCo sind grundsätzlich frei übertragbar und teilbar. Denn sofern im Gesellschaftsvertrag die Teilbarkeit von (herkömmlichen) Geschäftsanteilen nicht ausgeschlossen wird, ist diese abweichend von § 79 Abs 1 öGmbHG zulässig, sodass es im Vergleich zur öGmbH zu einer Umkehr des Regel-Ausnahme-Verhältnisses kommt.³⁴³ Bei der Teilung müssen die Vorschriften über die Mindesteinlage eingehalten werden.³⁴⁴

Für die Übertragung von Geschäftsanteilen (oder Teilen hiervon) an einer FlexCo kommen die Vorschriften über die Abtretung von Forderungen zur Anwendung.³⁴⁵ Es benötigt daher ein schuldrechtliches Titelgeschäft (bspw Kauf- und Abtretungsvertrag, Tauschvertrag oder Schenkungsvertrag) sowie einen sachenrechtlichen Übertragungsakt („Modus“) in Form der Erklärung des/r Übertragers/in, den Geschäftsanteil „hiermit“ oder bei Eintritt bestimmter Bedingungen abzutreten („Zessionserklärung“), sowie eine entsprechende Erklärung des/r Übernehmers/in, „die Abtretung anzunehmen“.³⁴⁶

Da über Geschäftsanteile an einer FlexCo keine Wertpapiere ausgestellt werden dürfen, scheidet ein gutgläubiger Erwerb von Geschäftsanteilen nach dem Wertpapierrecht oder nach § 367 ABGB aus.³⁴⁷ Im Verhältnis zur Gesellschaft gilt nur der-/diejenige als Gesellschafter/in, der/die im Firmenbuch als solche/r eingetragen wurde.³⁴⁸

Bei der Übertragung von Geschäftsanteilen besteht neben der strengen Formpflicht, das Rechtsgeschäft in Notariatsaktsform abzuschließen³⁴⁹, bei der FlexCo nun auch die Möglichkeit, stattdessen eine anwaltliche oder notarielle

³⁴¹ § 1 Abs 2 FlexKapGG iVm § 39 Abs 2 zweiter Satz öGmbHG.

³⁴² J. Reich-Rohrwig in Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky, Rz 7.8.

³⁴³ Lungenschmid in Schneeweiss/Hule, § 14 Rz 1.

³⁴⁴ § 1 Abs 2 FlexKapGG iVm 79 Abs 4 öGmbHG.

³⁴⁵ RIS-Justiz RS0010879.

³⁴⁶ J. Reich-Rohrwig in Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky, Rz 7.10.

³⁴⁷ RIS-Justiz RS0010879; J. Reich-Rohrwig in Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky, Rz 7.11.

³⁴⁸ § 78 Abs 1 öGmbHG.

³⁴⁹ § 1 Abs 2 öGmbHG iVm § 76 Abs 2 erster Satz öGmbHG.

Privaturkunde zu errichten³⁵⁰. Vor der Anmeldung eines Gesellschafterwechsels hat die Geschäftsführung die formelle und materielle Richtigkeit sowie die Rechtswirksamkeit des Übertragungsaktes zu prüfen und muss der Geschäftsführung der Gesellschafterwechsel zumindest glaubhaft gemacht werden.³⁵¹

Den GesellschafterInnen einer FlexCo steht es frei, Beschränkungen für die Übertragbarkeit von Geschäftsanteilen im Gesellschaftsvertrag vorzusehen. Als prominentestes Beispiel ist hier die Vinkulierung anzuführen, also die Bindung der Übertragung (und allenfalls Teilung) eines Geschäftsanteils an die vorab von der Gesellschaft (sei es durch die Geschäftsführung, durch Gesellschafterbeschluss oder durch einen Aufsichtsrat) zu erteilende Zustimmung.³⁵² Wird die Zustimmung verweigert, steht es dem/r abtretungswilligen Gesellschafter/in, sofern er die Stammeinlage vollständig eingezahlt hat, frei, die Zustimmung zur Übertragung des Geschäftsanteils gerichtlich ersetzen zu lassen.³⁵³ Die gerichtliche Gestattung der Anteilsübertragung setzt voraus, dass keine ausreichenden Gründe für die Verweigerung der Zustimmung, etwa aufgrund einer sonstigen Schädigung der Gesellschaft, ihrer Gesellschafter/Innen oder Gläubiger/innen, vorliegen.³⁵⁴

Des Weiteren ist es möglich, dass sich die GesellschafterInnen Vor- und Aufgriffsrechte sowie Mitverkaufsrechte („tag-along“) einräumen bzw eine Mitverkaufsverpflichtung („drag-along“) eingehen.³⁵⁵

Übertragungsbeschränkungen, die gesellschaftsvertraglich vereinbart werden, haben absolute (dingliche) Wirkung, sodass deren Fehlen, solange sie noch erfüllt werden können, zur schwebenden Unwirksamkeit führen. Steht ihr Nichteintreten hingegen fest, bedeutet dies die endgültige Unwirksamkeit einer dennoch vorgenommenen Abtretung.³⁵⁶

³⁵⁰ § 12 Abs 1 FlexKapGG; siehe zur anwaltlichen oder notariellen Privaturkunde bereits oben in Punkt 5.1.

³⁵¹ RIS-Justiz RS00114940.

³⁵² J. Reich-Rohrwig in Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky, Rz 7.23.

³⁵³ § 1 Abs 2 iVm § 77 öGmbHG.

³⁵⁴ J. Reich-Rohrwig in Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky, Rz 7.25.

³⁵⁵ J. Reich-Rohrwig in Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky, Rz 7.19 mwN.

³⁵⁶ RIS-Justiz RS0039034.

Außerhalb des Gesellschaftsvertrags etwa in Beteiligungs- oder Syndikatsverträgen vereinbarte Übertragungsbeschränkungen haben demgegenüber nur schuldrechtliche, nicht jedoch auch dingliche Wirkung.³⁵⁷

7.2 Grundsätze nach dem dGmbHG

7.2.1 Definition und Charakteristika

Geschäftsanteile bilden die Gesamtheit der Rechte und Pflichten eines/r Gesellschafters/in aus dem Gesellschaftsverhältnis und dient damit als Umschreibung der Mitgliedschaft des/r Gesellschafter/in in der dGmbH.³⁵⁸

Der Geschäftsanteil wird nicht als Bruchteil oder Beteiligungsquote, sondern durch einen festen Nennbetrag bestimmt und ergibt sich aus dem Verhältnis der Nennbeträge aller Geschäftsanteile die Beteiligungshöhe.³⁵⁹ Anhand dessen bestimmt sich das Ausmaß der mit dem Geschäftsanteil verbundenen Rechte und Pflichten, wie insb den Gewinnanspruch³⁶⁰ bzw den Anspruch auf einen Liquidationserlös³⁶¹ sowie das Ausmaß des Stimmrechts^{362, 363}. Sofern gesellschaftsvertraglich nichts anderes vorgesehen wurde, bemisst sich die Höhe des Gewinn- bzw Liquidationsanspruchs sowie des Stimmrechts nach der Höhe der Nennbeträge der übernommenen Geschäftsanteile, und nicht anhand der Höhe der tatsächlich geleisteten Einlagen, selbst wenn diese von den Gesellschaftern ungleich einbezahlt wurden.³⁶⁴

7.2.2 Erwerb und Mindest(einzahlungs)höhe

Geschäftsanteile können im Zuge der Gründung oder einer Erhöhung des Stammkapitals einer dGmbH übernommen werden.³⁶⁵ Im Zuge des MoMiG wurde das einstige Verbot der Mehrfachbeteiligung bei der Gründung einer dGmbH aufgehoben, sodass es Gesellschafter/innen nunmehr freisteht, mehrere

³⁵⁷ J. Reich-Rohrwig in Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky, Rz 7.20.

³⁵⁸ Fastrich in Noack/Servatius/Haas, § 14 Rn 3; Weller/Reichert in Fleischer/Goette, § 14 Rn 7.

³⁵⁹ Fastrich in Noack/Servatius/Haas, § 14 Rn 3.

³⁶⁰ § 29 Abs 3 dGmbHG.

³⁶¹ § 72 dGmbHG.

³⁶² § 47 Abs 2 dGmbHG.

³⁶³ Fastrich in Noack/Servatius/Haas, § 14 Rn 5.

³⁶⁴ Kersting in Noack/Servatius/Haas, § 29 Rn 51; Noack in Noack/Servatius/Haas, § 47 Rn 66.

³⁶⁵ Fastrich in Noack/Servatius/Haas, GmbHG²³ § 14 Rn 2.

und beliebig viele Gesellschaftsanteile zu übernehmen.³⁶⁶ Auch bei der Kapitalerhöhung besteht die Möglichkeit, dass mehrere Geschäftsanteile von derselben Person übernommen werden, unabhängig davon, ob es sich hierbei um einen bestehenden Gesellschafter oder einen Dritten handelt.³⁶⁷

Um Geschäftsanteile im Falle der Veräußerung konkret bestimmen zu können³⁶⁸, müssen diese bei der Gründung bzw. bei einer späteren Kapitalerhöhung konkret identifiziert und in der Gesellschafterliste nummeriert werden.³⁶⁹

Der Nennbetrag jedes Geschäftsanteils muss auf volle Euro lauten, sodass der Mindestnennbetrag statt ursprünglich EUR 100 (§ 5 Abs. 1 alte Fassung) nunmehr EUR 1 beträgt (§ 5 Abs 2 dGmbHG).³⁷⁰ Darüber hinaus bestehen seit der Novellierung durch das MoMiG keine Vorgaben mehr betreffend einer bestimmten Mindesthöhe oder einer Teilbarkeit durch eine bestimmte Zahl.³⁷¹

Die Höhe der Nennbeträge der einzelnen Geschäftsanteile kann verschieden festgelegt werden, nicht nur für die jeweiligen Gesellschafter/innen, sondern auch bei einem/r einzelnen Gesellschafter/in im Fall der Übernahme mehrerer Geschäftsanteile.³⁷² Die Summe der Nennbeträge aller Geschäftsanteile muss aber mit dem Stammkapital übereinstimmen³⁷³, was sowohl bei der Gründung als auch im Rahmen einer Kapitalerhöhung zu beachten ist.³⁷⁴

Auf jeden Geschäftsanteil ist eine Einlage zu leisten, wobei sich deren Höhe im Fall der Gründung aus dem im Gesellschaftsvertrag oder im Fall der Kapitalerhöhung aus dem in der Übernahmeerklärung festgesetzten Nennbetrag des Geschäftsanteils ergibt.³⁷⁵

³⁶⁶ § 5 Abs 2 zweiter Satz dGmbHG; *Schwandtner* in *Fleischer/Goette*, § 5 Rn 49.

³⁶⁷ *Servatius* in *Noack/Servatius/Haas*, § 55 Rn 45.

³⁶⁸ Der sachenrechtliche Bestimmtheits- und Bestimmbarkeitsgrundsatz findet auch auf den dinglichen Abtretungsvertrag Anwendung; *Weller/Reichert* in *Fleischer/Goette*, § 5 Rn 26, BGH vom 19.1.1987 – [II ZR 81/86](#), NJW-RR 1987, [807](#) ([808](#)).

³⁶⁹ § 8 Abs 1 Nr 3 und § 40 dGmbHG; *Schwandtner* in *Fleischer/Goette*, § 5 Rn 50.

³⁷⁰ *Schäfer* in *Bork/Schäfer*, Einleitung Rn 19.

³⁷¹ § 5 Abs 3 dGmbHG; *Schwandtner* in *Fleischer/Goette*, § 5 Rn 44.

³⁷² *Servatius* in *Noack/Servatius/Haas*, § 5 Rn 7.

³⁷³ § 5 Abs 3 dGmbHG.

³⁷⁴ *Schwandtner* in *Fleischer/Goette*, § 5 Rn 45.

³⁷⁵ § 14 dGmbHG.

Sofern keine weitergehenden Leistungspflichten (wie zB Volleinzahlung der Geldeinlagen oder Leistung eines Agios/Aufgeldes) bestehen, muss vor der Anmeldung der Gesellschaft bzw der Kapitalerhöhung zur Eintragung in das Handelsregister³⁷⁶ ein Viertel des Nennbetrags einbezahlt worden sein.³⁷⁷ Die Verpflichtung zur Leistung eines Aufgelds/Agios wird bei der Berechnung des Mindesteinzahlungsbetrages nicht mitberücksichtigt.³⁷⁸ Zudem muss die Mindesteinzahlungspflicht für jeden Geschäftsanteil individuell erfüllt werden, Querverrechnungen mit Mehrleistungen auf andere Geschäftsanteile sind ausgeschlossen.³⁷⁹

Aufgrund des geringstmöglichen Nennbetrages von EUR 1 muss auf jeden Geschäftsanteil daher zumindest EUR 0,25 eingezahlt werden.³⁸⁰ Allerdings muss auf das Stammkapital mindestens so viel eingezahlt werden, dass der Gesamtbetrag der eingezahlten Geldeinlagen zuzüglich des Gesamtnennbetrags der Geschäftsanteile, für die Sacheinlagen zu leisten sind, die Hälfte des Mindeststammkapitals gemäß § 5 Abs. 1 dGmbHG, sohin EUR 12.500 erreicht.³⁸¹ Sofern diese Mindestsumme nicht erreicht wird, ist der entsprechende Fehlbetrag, der über das erforderliche Viertel der Geldeinlage hinausgeht, mehr zu bezahlen.³⁸²

Hiervon abweichend darf bei der UG die Anmeldung erst erfolgen, wenn das Stammkapital in voller Höhe eingezahlt worden ist.³⁸³ Diese Beschränkung endet erst bei einer Kapitalerhöhung auf oder über das Mindeststammkapital der dGmbH (EUR 25.000).³⁸⁴

7.2.3 Sacheinlage

Sollen Sacheinlagen geleistet werden, so müssen der Gegenstand der Sacheinlage und der Nennbetrag des Geschäftsanteils, auf den sich die

³⁷⁶ § 7 Abs 2 dGmbHG; § 57 Abs 1 dGmbHG.

³⁷⁷ Herrler in *Fleischer/Goette*, § 7 Rn 62.

³⁷⁸ *Servatius* in *Noack/Servatius/Haas*, § 7 Rn 5.

³⁷⁹ Herrler in *Fleischer/Goette*, § 7 Rn 63.

³⁸⁰ Herrler in *Fleischer/Goette*, § 7 Rn 63.

³⁸¹ § 7 Abs 2 zweiter Satz dGmbHG.

³⁸² *Servatius* in *Noack/Servatius/Haas*, § 7 Rn 6.

³⁸³ § 5a Abs 2 erster Satz dGmbHG.

³⁸⁴ Siehe bereits oben in Punkt 5.2.

Sacheinlage bezieht, im Gesellschaftsvertrag festgesetzt werden und haben die Gesellschafter in einem Sachgründungsbericht die für die Angemessenheit der Leistungen für Sacheinlagen wesentlichen Umstände darzulegen und beim Übergang eines Unternehmens auf die Gesellschaft die Jahresergebnisse der beiden letzten Geschäftsjahre anzugeben.³⁸⁵

Sacheinlagen müssen vor der Anmeldung der Gesellschaft bzw der Kapitalerhöhung zur Eintragung in das Handelsregister vollständig geleistet werden.³⁸⁶

Der/die die Sacheinlage aufbringende Gesellschafter/in haftet dafür, wenn deren Wert im Zeitpunkt der Anmeldung der Gesellschaft oder der Kapitalerhöhung zur Eintragung in das Handelsregister nicht den Nennbetrag des dafür übernommenen Geschäftsanteils erreicht. In diesem Fall ist an die Gesellschaft in Höhe des Fehlbetrags eine Einlage in Geld zu leisten.³⁸⁷ Der Anspruch der Gesellschaft verjährt in zehn Jahren seit der Eintragung in das Handelsregister.³⁸⁸

Bei der UG sind Sacheinlagen bis zur Erreichung des gesetzlichen Mindeststammkapitals der dGmbH ausgeschlossen.³⁸⁹

7.2.4 Gattungen

Gesellschafter/innen ist es sowohl bei Gesellschaftsgründung als auch bei späterer Kapitalerhöhung möglich, mehrere Geschäftsanteile gleicher oder unterschiedlicher Gattung zu übernehmen und über diese getrennt zu verfügen.³⁹⁰

Grundsätzlich sieht das dGmbHG als Stimmkraftverteilung vor, dass ein Euro eines Geschäftsanteils eine Stimme gewährt.³⁹¹ In der Satzung kann eine

³⁸⁵ § 5 Abs 4 dGmbHG.

³⁸⁶ § 7 Abs 3 dGmbHG.

³⁸⁷ § 56 Abs 2 iVm § 9 Abs 1 erster Satz dGmbHG.

³⁸⁸ § 9 Abs 2 dGmbHG.

³⁸⁹ § 5a Abs 2 zweiter Satz dGmbHG.

³⁹⁰ Siehe § 5 Abs 2 und § 55 Abs 3 dGmbHG; siehe zur Frage, ob bei einer Kapitalerhöhung eine Erhöhung des Nennbetrags des bestehenden Geschäftsanteils oder die Ausgabe eines neuen Geschäftsanteils zu erfolgen hat oben in Punkt 5.2.

³⁹¹ § 47 Abs 2 dGmbHG.

abweichende Stimmkraftverteilung vereinbart werden.³⁹² Gesellschafter/innen können aus einem oder mehreren Geschäftsanteilen so viele Stimmrechte zukommen, wie sich aus dem Nennbetrag errechnen lässt.³⁹³ Strittig ist jedoch die Frage, ob eine uneinheitliche Stimmabgabe möglich ist, wobei diese nach überwiegender Ansicht jedenfalls bei einem berechtigten bzw schutzwürdigen Interesse, wie etwa im Fall einer Stimmbindung oder beim Bestehen von Interessenwahrungspflichten bei einem Treuhandverhältnis, bei einer Verpfändung oder Nießbrauch, möglich sein soll.³⁹⁴ Zudem kann in der Satzung ein Verbot oder die Zulassung der uneinheitlichen Stimmabgabe geregelt werden.³⁹⁵

Sonder- oder Vorzugsrechte sind Mitgliedschaftsrechte, die nur einem/r oder mehreren bestimmten Gesellschaftern/innen bzw -gruppen eingeräumt werden können.³⁹⁶ Es besteht weitestgehende Freiheit bei der Gestaltung der Gesellschafterrechte und allfälliger Vorzugsrechte einzelner Gesellschafter/innen oder Anteilsgattungen, allerdings sind diese nur wirksam, wenn sie im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich geregelt wurden.³⁹⁷ Eine Entziehung der Sonderrechte ist nur mit Zustimmung des/r Berechtigten sowie durch Satzungsänderung möglich.³⁹⁸

So kann bspw. die Berechtigung zur Teilnahme an der Verteilung eines Gewinns³⁹⁹ oder eines Liquidationserlöses⁴⁰⁰ beschränkt oder zur Gänze ausgeschlossen werden. Des Weiteren kann in der Satzung von der gesetzlichen Verteilung der Stimmrechte⁴⁰¹ in der Gesellschafterversammlung abgewichen werden.⁴⁰² Darüber hinaus können auch stimmrechtlose Geschäftsanteile

³⁹² *Drescher in Fleischer/Goette*, § 47 Rn 127.

³⁹³ *Drescher in Fleischer/Goette*, § 47 Rn 123.

³⁹⁴ *Drescher in Fleischer/Goette*, § 47 Rn 41; *Noack in Noack/Servatius/Haas*, § 47 Rn 20.

³⁹⁵ *Drescher in Fleischer/Goette*, § 47 Rn 44; *Lieder*, Die österreichische Flexible Kapitalgesellschaft – Kein Vorbild für Deutschland, NZG 2024, 915 (919), Rz 28.

³⁹⁶ *Fastrich in Noack/Servatius/Haas*, § 14 Rn 18.

³⁹⁷ *Servatius in Noack/Servatius/Haas*, § 3 Rn 45.

³⁹⁸ *Fastrich in Noack/Servatius/Haas*, § 14 Rn 19.

³⁹⁹ § 29 Abs 3 dGmbHG.

⁴⁰⁰ § 72 dGmbHG.

⁴⁰¹ Nach § 47 Abs 2 dGmbHG gewährt jeder Euro eines Geschäftsanteils eine Stimme.

⁴⁰² § 45 Abs 2.

geschaffen werden, ohne diesen Anteilen (im Vergleich zum dAktG⁴⁰³) einen Gewinnvorzug zu gewähren.⁴⁰⁴ Solange zumindest ein/e stimmberechtigte/r Gesellschafter/in an einer dGmbH beteiligt ist, besteht auch keine Begrenzung der Anzahl stimmrechtsloser Geschäftsanteile.⁴⁰⁵ Zulässig ist auch ein kombinierter Ausschluss von Stimmrecht und Gewinnberechtigung, solange zumindest ein Anspruch auf Beteiligung am Liquidationserlös besteht.⁴⁰⁶

7.2.5 Anteilserwerb und -veräußerung Formvorschriften; Vinkulierung

Es gilt der Grundsatz der freien Übertragbarkeit, sodass Geschäftsanteile sowohl veräußert als auch vererbt werden können.⁴⁰⁷ Dieser Grundsatz erfährt jedoch auch Einschränkungen: So kann die freie Übertragbarkeit gesellschaftsvertraglich ausgeschlossen bzw an weitere Voraussetzungen, wie die vorab einzuholende Zustimmung der übrigen Gesellschafter/innen, der Geschäftsführung, des Aufsichtsrats oder Beirats (Vinkulierung), geknüpft werden.⁴⁰⁸ Des Weiteren kann die Veräußerung bzw der Erwerb in Form einer Mitverkaufspflicht bzw eines Mitverkaufsrechts gesellschaftsvertraglich vorgeschrieben und können Vorkaufs- und Aufgriffsrechte vereinbart werden.⁴⁰⁹ Rechtsgeschäfte über die (Verpflichtung zur) Abtretung von Geschäftsanteilen sind bis zur Erteilung oder Verweigerung der gesellschaftsvertraglich vorgesehenen Zustimmung schwebend unwirksam.⁴¹⁰

Im Falle einer Vinkulierung ohne konkret in der Satzung enthaltenen Erteilungs- oder Versagungsgründen haben veräußerungswillige Gesellschafter/innen einen Anspruch auf eine fehlerfreie Ermessensentscheidung ggü dem/n Zustimmungsberechtigten.⁴¹¹ Bei Streitigkeiten bestehen je nachdem, ob es sich um eine fehlende oder um eine versagte Entscheidung über die Zustimmung

⁴⁰³ Siehe §§ 139 ff AktG.

⁴⁰⁴ Noack in Noack/Servatius/Haas, § 47 Rn 33, 66, 70; Drescher in Fleischer/Goette, § 47 Rz 127.

⁴⁰⁵ Lieder, NZG 2024, 915 (924), Rz 68 mwN.

⁴⁰⁶ Lieder, NZG 2024, 915 (924), Rz 69 mwN.

⁴⁰⁷ § 15 Abs 1 dGmbHG.

⁴⁰⁸ § 15 Abs 5 dGmbHG; Servatius in Noack/Servatius/Haas, § 15 Rn 38.

⁴⁰⁹ Servatius in Noack/Servatius/Haas, § 15 Rn 2; 37 ff.

⁴¹⁰ Servatius in Noack/Servatius/Haas, § 15 Rn 47a.

⁴¹¹ Servatius in Noack/Servatius/Haas, § 15 Rn 46.

handelt, verschiedene Rechtsschutzmöglichkeiten.⁴¹² War das zustimmungsberechtigte Organ der Gesellschaft untätig, kann der Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über die Zustimmung durch Leistungsklage durchgesetzt werden.⁴¹³ Bei einer rechtswidrigen Versagung der Zustimmung kann der Gesellschafterbeschluss mit einer Anfechtungs- oder Nichtigkeits(feststellungs-)klage in Kombination mit einer Leistungsklage auf Entscheidung über die Zustimmung bekämpft werden.⁴¹⁴

Sowohl der Vertrag, in dem die Abtretung eines Geschäftsanteils (sohin das dingliche Rechtsgeschäft der Übertragung⁴¹⁵) vereinbart wird, als auch vertragliche Vereinbarungen, in denen die Verpflichtung zur Abtretung eines Geschäftsanteils festgehalten wird (Verpflichtungsgeschäft⁴¹⁶), der notariellen Beurkundung^{417, 418}

Jeder Geschäftsanteil behält seine Selbstständigkeit, selbst wenn Gesellschafter/innen zu ihren ursprünglichen Geschäftsanteilen weitere hinzuerwerben.⁴¹⁹ Geschäftsanteile können durch Gesellschafterbeschluss geteilt oder zusammengelegt werden, die Entscheidung hierüber unterliegt dem Aufgabenkreis der Gesellschafter.⁴²⁰

Es besteht zudem die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs von Geschäftsanteilen, wobei Erwerber/innen Geschäftsanteile oder ein Recht daran durch Rechtsgeschäft aufgrund der Rechtsscheingrundlage der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste wirksam vom Nichtberechtigten erwerben können, wenn dieser als Inhaber des Geschäftsanteils eingetragen ist.⁴²¹ Ein gutgläubiger Erwerb ist jedoch ausgeschlossen, wenn die Gesellschafterliste weniger als drei Jahre unrichtig ist

⁴¹² Weller/Reichert in *Fleischer/Goette*, § 15 Rn 433.

⁴¹³ Weller/Reichert in *Fleischer/Goette*, § 15 Rn 435.

⁴¹⁴ Weller/Reichert in *Fleischer/Goette*, § 15 Rn 436, 437.

⁴¹⁵ *Servatius* in *Noack/Servatius/Haas*, § 15 Rn 21.

⁴¹⁶ *Servatius* in *Noack/Servatius/Haas*, § 15 Rn 30.

⁴¹⁷ ISd §§ 8 ff des deutschen Beurkundungsgesetzes.

⁴¹⁸ § 15 Abs 3 und 4 dGmbHG.

⁴¹⁹ § 15 Abs 2 dGmbHG.

⁴²⁰ § 46 Nr 4 dGmbHG; *Fastrich* in *Noack/Servatius/Haas*, § 14 Rn 3.

⁴²¹ § 16 Abs 3 dGmbHG.

und dies dem wahren Rechtsinhaber nicht zuzurechnen ist, wenn dem Erwerber die mangelnde Berechtigung weder bekannt noch infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist oder der Gesellschafterliste ein Widerspruch von dem wahren Berechtigten zugeordnet wurde.⁴²² Durch die Eintragung in die Gesellschafterliste im Handelsregister wird der Gesellschafter nicht nur gegenüber der Gesellschaft legitimiert, sondern wird auch ein Vertrauensschutz gegenüber Dritten hergestellt.⁴²³

7.3 Tabellarische Übersicht

Die Unterschiede bei den vom Gesetz vorgegebenen Gestaltungsmöglichkeiten lassen sich tabellarisch wie folgt darstellen:

Gesetzliche Gestaltungsmöglichkeit	FlexCo	öGmbH	dGmbH	UG
Mindestkapital	EUR 10.000	EUR 10.000	EUR 25.000	EUR 1
Mindestbareinlage	EUR 5.000	EUR 5.000	EUR 12.500	EUR 1
Halten mehrerer Geschäftsanteile	Ja (sofern Stückanteile ausgegeben wurden)	Nein	Ja	Ja
Teilbarkeit von Geschäftsanteilen	Ja/Nein (bei Stückanteilen ausgeschlossen)	Ja	Ja	Ja
Uneinheitliche Stimmabgabe	Ja	Nein ⁴²⁴	Ja (strittig, wohl nur bei berechtigtem oder schutz-	Ja (strittig, wohl nur bei berechtigtem oder schutzwürdigem Interesse ⁴²⁵)

⁴²² Heidinger in *Fleischer/Goette*, § 16 Rn 26.

⁴²³ Heidinger in *Fleischer/Goette*, § 16 Rn 29.

⁴²⁴ Siehe jedoch die neue Judikaturlinie hinsichtlich treuhändig gehaltener Geschäftsanteile in OGH vom 26.4.2024 6Ob109/23g.

			würdigem Interesse ⁴²⁵⁾	
Verschiedene Anteilsklassen	Ja	Nein (nur auf schuldrechtlichem Wege möglich)	Ja	Ja
Übertragungsform	Notariatsakt oder Privaturkunde	Notariatsakt	Notarielle Form	Notarielle Form

7.4 Fazit

Geschäftsanteile sowohl an einer FlexCo als auch an einer dGmbH stellen die Mitgliedschaftsrechte und -pflichten der Gesellschafter dar und sind zentral für die Struktur und Funktionsweise dieser Gesellschaftsformen. Beide Systeme haben Gemeinsamkeiten, etwa was die Arten des Erwerbs betrifft, allerdings gibt es bspw Unterschiede bei der Höhe des mindestens einzuzahlenden Stammkapitals im Falle einer Bareinlage (FlexCo: EUR 5.000; UW-Anteile: Volleinzahlung; dGmbH: EUR 12.500; UG: Volleinzahlung bis zur Kapitalerhöhung auf EUR 25.000).

Gesellschafter/innen beider Rechtsformen ist es möglich, mehrere Geschäftsanteile verschiedener Anteilsklassen zu halten und getrennt über diese zu verfügen. Zudem ähnelt sich die Freiheit bei der Gestaltung verschiedener Anteilsklassen im Wesentlichen. Ein Unterschied besteht jedoch bei der Möglichkeit, stimmrechtslose Geschäftsanteile zu schaffen. Wenngleich Gesellschafter/innen einer FlexCo im Vergleich zur dGmbH zumindest eine Stimme gewährt werden muss, besteht in Form der UW-Anteile eine neugeschaffene Sonderform der korporativen Beteiligung, bei der den UW-Berechtigten (mit gewissen Ausnahmen⁴²⁶⁾ kein Stimmrecht bzw grds nur eingeschränkte Mitgliederrechte zukommen.

Beide Gesellschaftsformen sehen die Möglichkeit der freien Übertragbarkeit von

⁴²⁵ *Drescher in Fleischer/Goette*, § 47 Rn 41; *Noack in Noack/Servatius/Haas*, § 47 Rn 20.

⁴²⁶ Siehe hierzu unten in Punkt 9.2.

Geschäftsanteilen vor, wobei bei der FlexCo aufgrund der neuen Möglichkeit, diese anstelle eines Notariatsakts durch eine anwaltliche bzw notarielle Privaturkunde zu übertragen, eine Erleichterung besteht. Die mit dem FlexKapGG verfolgte Reduktion der Formvorschriften kann aufgrund der in der Gründerszene mitunter bestehenden Wahrnehmung, dass sich die strenge Notariatsaktspflicht aufgrund der Kostenintensivität mitunter hemmend für die Unternehmensgründung bzw -führung auswirkt, neue positive Aspekte für die Wahrnehmung von Österreich als Standort für innovative Unternehmen sowie für in- und ausländische Investor/innen schaffen.⁴²⁷

Eine Übernahme dieser erleichterten Form der Beurkundung in das deutsche Recht wird von *Lieder*⁴²⁸ mit Verweis auf die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs von Geschäftsanteilen sowie aufgrund der „genuinen Kernaufgabe“ deutscher Notar/innen in Form der Beurkundung von Anteilsübertragungen und anschließenden Einreichung der neuen Gesellschafterliste zum Handelsregister jedoch ausdrücklich abgelehnt. Ggü der Gesellschaft gilt zwar sowohl nach dem FlexKapGG als auch nach dem dGmbHG nur der-/diejenige, der/die im Firmenbuch bzw Handelsregister als Gesellschafterin eingetragen ist, allerdings ist ein gutgläubiger Erwerb weder nach dem FlexKapGG noch nach dem öGmbHG zulässig und sind nach österreichischem Recht auch nicht Notar/innen, sondern die Geschäftsführung für die Anmeldung beim Firmenbuch zuständig.⁴²⁹ Die notarielle Beurkundung bietet in Deutschland aufgrund einer fehlenden Prüfpflicht des Registergerichts (im Vergleich zu den Aufgaben des österreichischen Firmenbuchgerichts) eine besondere materielle Richtigkeitsgewähr des Übertragungsvorgangs.⁴³⁰ Zudem wäre nach deutschem Recht aufgrund der unterschiedlichen Rollenverteilung zwischen Notar und Anwalt eine anwaltliche Beurkundung gar nicht möglich, weshalb eine grundlegenden Neuregelung der Rollenverteilung zwischen anwaltlicher/notarieller Vorprüfung und registergerichtlichen Nachprüfung

⁴²⁷ *Geroldinger/Miedler*, Zur Liberalisierung von Formvorschriften im Kapitalgesellschaftsrecht (§ 12 FlexKapGG), RdW 2023/474, 647; ablehnend *Auer*, Reform des Gesellschaftsrechts: Formpflicht bei der GmbH, NZ 2021/141, 522.

⁴²⁸ *Lieder*, NZG 2024, 915 (921), Rz 47, 51.

⁴²⁹ *Lieder*, NZG 2024, 915 (921), Rz 48.

⁴³⁰ *Lieder*, NZG 2024, 915 (921), Rz 48, 56.

notwendig wäre, wobei hierin eine Gefahr für die Rechtssicherheit und -klarheit gesehen wird.⁴³¹

Während beide Gesellschaftsformen ähnliche Grundstrukturen für Geschäftsanteile bieten, zeichnet sich die FlexCo aufgrund der unterschiedlichen Systeme bei der Beurkundung von Anteilsübertragungen und der verschiedenen Zuständigkeitssysteme bei der anschließenden Eintragung durch eine größere Flexibilität bei der Gestaltung und Übertragung von Anteilen aus, was sie besonders attraktiv für dynamische Unternehmensstrukturen und Start-ups macht. Die dGmbH bietet ebenfalls viele Anpassungsmöglichkeiten, erfordert jedoch in vielen Fällen strengere Formalitäten und ist stark durch die Vorgaben des Handelsregisters und notarielle Pflichten geprägt. Beide Modelle bieten robuste und anpassbare Systeme, die jedoch je nach Unternehmensstruktur und -zielsetzung unterschiedlich attraktiv sein können.

8 Sonstige (hybride oder mezzanine) Finanzierungsformen

Neben der Möglichkeit, Eigenkapital oder Fremdkapital (zB eine herkömmliche Kreditaufnahme samt Besicherung) für die Finanzierung eines Unternehmens aufzunehmen, besteht eine weitere (zivilrechtliche) Form der Finanzierung, welche eine Art Zwischenstellung zwischen den ersten beiden Varianten darstellt und Eigenschaften beider Formen kombiniert.⁴³² Mit diesen Finanzierungsvarianten werden Elemente aus der Stellung als Gläubiger mit mitgliedschaftsähnlichen Rechten (etwa die Berechtigung auf Gewinn- oder Liquidationsüberschussbeteiligung oder auf Bezug von zukünftig auszugebenden Anteilen an der Gesellschaften) verbunden, weshalb diese als „hybride“ oder „mezzanine“ Finanzierungsinstrumente bezeichnet werden.⁴³³

Derartige Finanzierungsinstrumente haben in der Vergangenheit aufgrund der strengeren Vergabekriterien von Krediten insb bei Start-Ups vermehrt an Beliebtheit gewonnen.⁴³⁴ Zudem ist gerade bei mittelständigen Unternehmen

⁴³¹ *Lieder*, NZG 2024, 915 (921, 922), Rz 50, 52, 57-58.

⁴³² *Kinsky/Kurz* in *Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky*, Rz 14.1.

⁴³³ *Hartlieb*, Hybride Finanzierung von Flexiblen Kapitalgesellschaften, ÖJZ 2023/156, 918; *Kaspras/Schirmacher* in *Centrale für GmbH Dr. Otto Schmidt*, GmbH-Handbuch¹⁸⁹, Rz 860.

⁴³⁴ *Dollenz/Jaritz*, Mezzaninfinanzierung bei der FlexCo, GesRZ 2024, 24.

eine direkte Beteiligung von Private-Equity-Investoren durch eine Kapitalerhöhung aufgrund der damit einhergehenden Verwässerung der Beteiligung und Beschränkung der Rechte der übrigen Gesellschafterrechte oftmals nicht (sofort) möglich oder gewünscht.⁴³⁵ Demgegenüber stellt die Mezzaninfinanzierung oftmals eine brauchbare Alternative zur klassischen Finanzierungen dar, da zu Beginn insb die Beteiligungsstruktur der Gesellschaft unverändert bleibt.⁴³⁶ Zudem gestaltet sich die Kapitalaufnahme ggü „herkömmlichen“ Fremdkapital idR günstiger, da Investoren für die Einräumung von Umtausch- oder Bezugsrechten eine geringere bzw gar keine Verzinsung ihres Kapitals verlangen.⁴³⁷

Hybride Finanzierungsinstrumente bieten den Vorteil, rasch und flexibel gestaltbar (Risiko-)Kapital, insb zur Überbrückung bis zur nächsten Eigenkapitalfinanzierungsrunde, aufzunehmen, ohne idR auch zusätzlich Sicherheiten wie bei klassischen Anleihen oder bankfinanziertem Fremdkapital bestellen zu müssen.⁴³⁸ Da die mitunter schwierige Frage der Bewertung des Unternehmens zum Zeitpunkt der Ausgabe hybrider Finanzierungsinstrumente auf den Zeitpunkt der Wandlung verschoben wird, stellen diese insb für Start-Ups eine attraktive Alternative dar.⁴³⁹

Bei der bilanziellen Einordnung von Mezzaninkapital kommt es idR darauf an, ob der Eigen- oder Fremdkapitalcharakter überwiegt, wobei ein Ausweis als Eigenkapital insb dann möglich ist, wenn Eigenschaften des Eigenkapital wie die Nachrangigkeit, eine unbefristete Laufzeit und/oder eine Verlustbeteiligung vereinbart wird.⁴⁴⁰ Bei Bonitätsratings wird das Mezzaninkapital unabhängig vom Überwiegen des Eigen- oder Fremdkapitalcharakters und der daraus folgenden bilanziellen Darstellung im Jahresabschluss zumeist dem Eigenkapital zugeschrieben, wodurch sich positive Effekte auf die Eigenkapitalquote und die

⁴³⁵ Hofert/Arends, GmbHR 2005, 1381.

⁴³⁶ Dollenz/Jaritz, GesRZ 2024, 24 (31).

⁴³⁷ Hartlieb, ÖJZ 2023/156, 918 mwN.

⁴³⁸ Kinsky/Kurz in Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky, Rz 14.3.

⁴³⁹ Kinsky/Kurz in Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky, Rz 14.1., 14.3; Reich-Rohrwig/Kinsky/Kraus, Austrian Limited, 144.

⁴⁴⁰ Dollenz/Jaritz, GesRZ 2024, FN 9).

Bonitätsstufe erzielen lassen.⁴⁴¹

Im Folgenden werden die Grundsätze dieser Finanzierungsinstrumente nach dem FlexKapGG sowie nach dem deutschen Recht näher beleuchtet und die Vorteile aus der gesetzlichen Verankerung im österreichischen Recht untersucht.

8.1 Grundsätze nach dem FlexKapGG

Die hybride Finanzierungsmöglichkeit war bereits in der Vergangenheit rechtsformunabhängig anerkannt und kamen insb bei größeren Unternehmen, meist in der Rechtsform einer dAG, zur Anwendung. Durch die Neuregelung im FlexKapGG wird die Kapitalausstattung durch eine Mischform von Eigen- und Fremdkapital nun auch für die FlexCo und damit für vorwiegend kleinere und mittlere Unternehmen auf gesetzlicher Ebene eingeführt.⁴⁴²

Hybride Finanzierungsinstrumente, mit denen zusätzlich oder alternativ zur wirtschaftlichen Beteiligung ein Umtausch- bzw Bezugsrecht auf den Erwerb von Anteilen an der Gesellschaft eingeräumt wird, konnten bei der öGmbH bisher nur auf Grundlage einer schuldrechtlichen Vereinbarung ausgegeben werden. Bei der FlexCo wird die Ausgabe nun erstmals (zumindest teilweise) gesetzlich geregelt, wobei § 174 öAktG als Vorbild dient.⁴⁴³ Im Gegensatz zu § 174 öAktG kennt § 22 FlexKapGG jedoch keine Publizitätspflichten.⁴⁴⁴

Bei dem Begriff „Mezzaninkapital“ oder „hybride Finanzierungsinstrumente“ handelt es sich um keinen definierten Rechtsbegriff, sondern obliegt die konkrete Ausgestaltung samt der Entscheidung, ob die Eigen- bzw Fremdkapitaleigenschaften überwiegen und ob diese verbrieft werden oder nicht, der Parteiendisposition.⁴⁴⁵ Nach dem weit gefassten Gesetzestext⁴⁴⁶, welcher keine taxative Aufzählung enthält⁴⁴⁷, sind rein schuldrechtliche und keine gesellschaftsrechtlichen Finanzierungsformen⁴⁴⁸ umfasst, bei denen Gläubigern

⁴⁴¹ Dollenz/Jaritz, GesRZ 2024, 24 mwN.

⁴⁴² Hartlieb, ÖJZ 2023/156, 918 (919) mwN.

⁴⁴³ ErIRV 2320 BlgNR 27. GP, 14; Kinsky/Kurz in Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky, Rz14.2.

⁴⁴⁴ N. Frizberg in Rastegar/Rastegar/Rastegar, § 22 Rz 7; Hartlieb, ÖJZ 2023/156, 918 (921).

⁴⁴⁵ Dollenz/Jaritz, GesRZ 2024, 24.

⁴⁴⁶ § 22 Abs 1 FlexKapGG.

⁴⁴⁷ Dollenz/Jaritz, GesRZ 2024, 24 (25).

⁴⁴⁸ N. Frizberg in Rastegar/Rastegar/Rastegar, § 22 Rz 7.

Umtausch- oder Bezugsrechte auf Anteile eingeräumt werden (zB Wandelschuldverschreibungen⁴⁴⁹, Optionsschuldverschreibungen⁴⁵⁰, Wandeldarlehen⁴⁵¹ und Simple Agreements for Future Equity (SAFEs)⁴⁵²), bei denen die Rechte von Gläubigerinnen mit Gewinnanteilen von Gesellschafterinnen in Verbindung gebracht werden (zB Gewinnschuldverschreibungen⁴⁵³), oder bei denen Genussrechte⁴⁵⁴ eingeräumt werden.⁴⁵⁵ Die im Gesetz gewählte Aufzählung ist bewusst weit gefasst und nicht abschließend, sodass auch andere

⁴⁴⁹ Bei diesen besteht ein Bezugsrecht auf Anteile an der Gesellschaft gegen Verzicht auf die Rückzahlung und uU gegen Zahlung eines Ausübungspreises; vgl § 174 Abs 1 öAktG; *Eckert/Schopper/Walcher in Eckert/Schopper*, § 174 Rz 7, 10; *Kinsky/Kurz in Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky*, Rz 14.17.

⁴⁵⁰ Zusätzlich zum Anspruch auf Rückzahlung (und Verzinsung) des Nennbetrags der Anleihe besteht während eines vorbestimmten Zeitraums ein selbstständiger Anspruch auf Bezug von Geschäftsanteilen zu einem bestimmten Nennbetrag und Preis; *Eckert/Schopper/Walcher in Eckert/Schopper*, § 174 Rz 11; *Kinsky/Kurz in Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky*, Rz 14.17.

⁴⁵¹ Hier wird ein Kapitalbetrag als Darlehen zumeist mit der Vereinbarung der Nachrangigkeit ggü Forderungen von anderen Gläubigern der Gesellschaft gewährt, der bei Eintritt bestimmter Ereignisse, wie einer Finanzierungsrunde, Exit, IPO oder zu einem vorbestimmten Fälligkeitsdatum, gegen den Verzicht auf die Rückzahlung des Kapitalbetrags (uU samt Zinsen) in eine Eigenkapitalbeteiligung gewandelt wird, wobei die Wandlung zum definierten Wandlungszeitpunkt zur aktuellen Bewertung der Gesellschaft, jedoch meist mit einer Mindest- und Höchstbewertung („Floor“ bzw „Cap“), erfolgt; *Kinsky/Kurz in Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky*, Rz 14.18 ff.

⁴⁵² Diese ähneln Wandeldarlehen mit dem Unterschied, dass idR keine Rückzahlung und auch keine Zinsen vereinbart werden, sodass SAFEs idR als Eigenkapital bilanziert werden können; *Kinsky/Kurz in Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky*, Rz 14.22 ff.

⁴⁵³ Bei diesen wird neben dem Anspruch auf Rückzahlung (und Verzinsung) ein Anspruch auf Gewinnbeteiligung während der vereinbarten Laufzeit eingeräumt; vgl § 174 Abs 1 öAktG; *Eckert/Schopper/Walcher in Eckert/Schopper*, § 174 Rz 13; *Kinsky/Kurz in Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky*, Rz 14.17.

⁴⁵⁴ Gegen Zahlung eines Investitionsbetrages werden mitgliedschaftsähnliche Vermögensrechte, wie eine Beteiligung an Gewinnausschüttungen oder am Liquidationsergebnis sowie uU eine Beteiligung am Verlust der Gesellschaft, vermittelt sowie zumeist fixe oder gewinnabhängige Zinsen gewährt. Zudem ist eine Verbriefung von Genussrechten sowie eine Kombination mit Wandel- oder Optionsrechten möglich; *Eckert/Schopper/Walcher in Eckert/Schopper*, AktG-ON^{1.00} § 174 Rz 15 ff; *Kinsky/Kurz in Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky*, Rz 14.25.

⁴⁵⁵ *Kinsky/Kurz in Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky*, Flexible Kapitalgesellschaft, Rz 14.6.

Finanzierungsinstrumente in verbriefter oder unverbriefter Form, die zur Umwandlung in Geschäftsanteile berechtigen oder Bezugsrechte gewähren, erfasst sind.⁴⁵⁶

In § 22 FlexKapGG werden die Voraussetzungen in gesellschaftsrechtlicher Hinsicht festgelegt, welche bei der Ausgabe hybrider Finanzierungsinstrumente zu beachten sind; daneben sind hinsichtlich des Entstehens und der zulässigen Inhalte weiterhin die Vertrags- und Wertpapiervorschriften einzuhalten.⁴⁵⁷

Die Ausgabe von hybriden Finanzierungsinstrumenten unterliegt der Beschlussfassung der Generalversammlung⁴⁵⁸, wobei – sofern der Gesellschaftsvertrag oder ein Syndikats- bzw Beteiligungsvertrag nicht noch weitere Erfordernisse⁴⁵⁹ vorsieht – eine Mehrheit von zumindest drei Vierteln der abgegebenen Stimmen erforderlich ist. Eine gesellschaftsvertragliche Herabsetzung des gesetzlich festgelegten Beschlussquorum ist unzulässig.⁴⁶⁰

Im öGmbHG fehlt eine dem § 22 FlexKapGG (welcher sich an § 174 öAktG orientiert⁴⁶¹) vergleichbare Regelung, was sich daraus ableiten lässt, dass für die FlexCo das öGmbHG punktuell in bestimmten Bereichen nach dem Vorbild des öAktG modifiziert wurde.⁴⁶² Soweit das FlexKapGG keine abweichenden Bestimmungen (*lex specialis*) enthält, kommen die für die öGmbH geltenden Bestimmungen, insb (aber nicht ausschließlich) das öGmbHG, subsidiär zur Anwendung.⁴⁶³

⁴⁵⁶ ErlRV 2320 BlgNR 27. GP, 14; *Dollenz/Jaritz*, GesRZ 2024, 24 (29).; *Kinsky/Kurz*, ecolex 2023, 912 (915).

⁴⁵⁷ *Hartlieb*, ÖJZ 2023/156, 918 (919).

⁴⁵⁸ In § 22 Abs 1 erster Satz FlexKapGG wird zwar ein „*Beschluss der Gesellschafterinnen*“ verlangt, tatsächlich ist jedoch nicht die individuelle Zustimmung, sondern die Einholung eines Beschlusses der Generalversammlung notwendig; *Dollenz/Jaritz*, GesRZ 2024, 24 (26); *Hartlieb*, ÖJZ 2023/156, 918 (919).

⁴⁵⁹ Dies etwa in Form einer höheren Beschlussmehrheit oder besonderen Zustimmungsrchten eines Aufsichtsrats oder eines/r Investor/in oder einer Investorengruppe; *Kinsky/Kurz* in *Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky*, Rz 14.8.

⁴⁶⁰ *Kinsky/Kurz* in *Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky*, Rz 14.7; *Hartlieb*, ÖJZ 2023/156, 918 (920).

⁴⁶¹ *Weixelbaum* in *Schneeweiss/Hule*, § 22 Rz 4.

⁴⁶² *Weixelbaum* in *Schneeweiss/Hule*, § 22 Rz 6.

⁴⁶³ ErlRV 2320 BlgNR 27. GP, 3; *Kraus* in *Schneeweiss/Hule*, § 1 Rz 10.

Da die Ausgabe hybrider Finanzierungsformen (wie zB Wandeldarlehen) in der Praxis auch für die öGmbH eine hohe Relevanz hat, stellt sich die Frage, ob auch eine Regelungen des FlexKapGG (wie zB die zwingenden Beschlussquoren des § 22 Abs 1 FlexKapGG) bei entsprechender Lücke im öGmbHG in subsidiärer Anwendung herangezogen werden können. Eine umgekehrte, automatische subsidiäre Anwendung des FlexKapGG für die öGmbH ist jedoch aufgrund Eigenständigkeit der FlexCo und der ausschließlich für diese eingeführten *lex specialis* abzulehnen.⁴⁶⁴

Der Zweck des in § 22 Abs 1 FlexKapGG normierten Beschlussquorum liegt aufgrund der potentiellen Beeinträchtigung von Gesellschafterinneninteressen einerseits im Schutz der Minderheitsgesellschafter sowie andererseits im Schutz der Gesellschafter/innen vor einer Verwässerung.⁴⁶⁵ Da diese Zielverfolgung ohne erkennbare Unterschiede genauso auch für Gesellschafter einer öGmbH relevant ist⁴⁶⁶ und diese Bestimmung des FlexKapGG mit der Struktur und den Grundsätzen der öGmbH grds vereinbar ist, bestehen aus Sicht des Autors gute Gründe dafür, die für eine analoge Anwendung des § 22 Abs 1 FlexKapGG auf entsprechende Beschlüsse über die Ausgabe hybrider Finanzierungsinstrumente bei der öGmbH sprechen. Im Sinne der Rechtssicherheit und fehlender erkennbarer Gründe der Andersbehandlung wäre bei der öGmbH eine gleichartige Behandlung daher wünschenswert. Bis zu einer allfälligen Novellierung wird die Frage der analogen Anwendbarkeit des FlexKapGG für die GmbH jedoch nur durch eine höchstgerichtliche Entscheidung geklärt werden können. Bis dorthin wird es (wie in der Praxis bereits bisher durchaus üblich) ratsam sein, die Ausgabe von hybriden Finanzierungsinstrumenten im Gesellschaftsvertrag der öGmbH als zustimmungspflichtiges Geschäft mit einem Beschlussquorum von mindestens 75% vorzusehen.

Bei der Zustimmungspflicht der Gesellschafter handelt es sich wie im öAktG lediglich um eine interne Zustimmungspflicht und um keine

⁴⁶⁴ Verweijen in Aumüller/Verweijen, FlexKapGG und Start-Up-Förderungsg § 1 Rz 41.

⁴⁶⁵ ErlRV 2320 BlgNR 27. GP, 14; Hartlieb, ÖJZ 2023/156, 918 (919).

⁴⁶⁶ So fehlt es aus Sicht des Autors in diesem Zusammenhang gerade an sachlich gerechtfertigten Gründen einer Andersbehandlung von Gesellschaftern einer öGmbH; vgl S. Bydlinski/Ratka/Straube in Straube/Ratka/Rauter, § 1 FlexKapGG Rz 35.

Wirksamkeitsvoraussetzung.⁴⁶⁷ Die Ausgabe ist auch bei fehlender Zustimmung wirksam, stellt jedoch eine Sorgfaltspflichtverletzung⁴⁶⁸ dar, die zur Geschäftsführerhaftung gegenüber der Gesellschaft für allfällige Schadenersatzforderungen Dritter führen kann, etwa wenn aufgrund der fehlenden Zustimmung auch keine vorbereitenden Maßnahmen für die Bedienung der gewährten Umtausch- bzw Bezugsrechte getroffen wurden.⁴⁶⁹

Neben der Gestattung eines konkreten Finanzierungsvorhabens können die Gesellschafter/innen die Geschäftsführung auch zur Ausgabe von noch nicht konkret feststehenden Finanzierungsvorhaben für einen Zeitraum von höchstens fünf Jahre ermächtigen, wobei das Gesetz – im Vergleich zum genehmigten Kapital⁴⁷⁰ – keine Beschränkung der Höhe des Nennbetrags des auszugebenden Finanzierungsinstruments vorsieht.⁴⁷¹ Nach erteilter Ermächtigung bedarf es anlässlich der Ausgabe von hybriden Finanzierungsinstrumenten weder einer neuerlichen Beschlussfassung noch einer Änderung des Gesellschaftsvertrages.⁴⁷²

Des Weiteren steht es der Generalversammlung frei, Weisungen an die Geschäftsführung zur Ausübung oder zum Unterlassen der Ausgabe von hybriden Finanzierungsinstrumenten zu erteilen oder eine erteilte Ermächtigung zu entziehen, wobei hierbei wiederum ein qualifizierter Mehrheitsbeschluss erforderlich ist.⁴⁷³

Der Beschluss über die Ausgabe von hybriden Finanzierungsinstrumenten muss weder beim Firmenbuchgericht eingereicht noch veröffentlicht werden.⁴⁷⁴ Damit die Gesellschafter/innen ihre Rechtsposition und die Folgen einer Zustimmung bzw Ermächtigung zur Ausgabe von hybriden Finanzierungsinstrumenten richtig

⁴⁶⁷ ErlRV 2320 BlgNR 27. GP, 14.

⁴⁶⁸ § 1 Abs 2 FlexKapGG iVm § 25 öGmbHG.

⁴⁶⁹ Kinsky/Kurz in *Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky*, Rz 14.12; *Dollenz/Jaritz*, GesRZ 2024, 24 (26).

⁴⁷⁰ § 21 Abs 1 zweiter Satz FlexKapGG; siehe hierzu oben in Punkt 6.1.1.

⁴⁷¹ § 22 Abs 2 FlexKapGG; *Dollenz/Jaritz*, GesRZ 2024, 24 (26).

⁴⁷² Kinsky/Kurz in *Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky*, Rz 14.9; *Dollenz/Jaritz*, GesRZ 2024, 24 (26); aA *Hartlieb*, ÖJZ 2023/156, 918 (919).

⁴⁷³ *Dollenz/Jaritz*, GesRZ 2024, 24 (26).

⁴⁷⁴ Vgl § 174 Abs 2 öAktG; *Hartlieb*, ÖJZ 2023/156, 918 (921).

einschätzen und eine informierte Entscheidung treffen können, muss das Ausgabevorhaben in dem Gesellschafterbeschluss hinreichend konkretisiert werden, wobei zumindest die Art und das Maximalvolumen des Instruments, die wesentlichen damit verbundenen Rechte sowie ein allfälliger Bezugsrechtsausschluss anzuführen sind.⁴⁷⁵

UW-Berechtigten kommt nur dann ein Zustimmungsrecht iSd § 9 Abs 5 FlexKapGG⁴⁷⁶ zu, wenn die Ausgabe (zumindest mittelbar) zu einer Beeinträchtigung der Vermögensrechte der UW-Berechtigten führt, was dann der Fall ist, wenn vereinbart wird, dass bei der späteren Ausübung eines Umtausch- oder Bezugsrechts die auszugebenden Anteile mit einer bevorzugten Erlösverteilung versehen werden.⁴⁷⁷ Nicht erforderlich ist eine Zustimmung der UW-Berechtigten nur dann, wenn im Gesellschaftsvertrag die Gleichbehandlung der UW-Beteiligten mit den Gründungsgesellschafter/innen vorgesehen ist und bei Einräumung der UW-Anteile ausdrücklich vorbehalten wurde, dass später ausgegebenen Geschäftsanteilen oder UW-Anteilen eine vorrangige Rechtsposition, wie bspw Erlösvorzüge bzw Liquidationspräferenzen, eingeräumt werden können.⁴⁷⁸

Zur weiteren Absicherung gegen eine Verwässerung ihrer Vermögensrechte, die etwa bei der Ausgabe von Gewinnschuldverschreibungen oder Genussrechten eintreten würde, besteht für Gesellschafter/innen (nicht jedoch auch für UW-Berechtigte, sofern gesellschaftsvertraglich nichts anderes vereinbart wurde⁴⁷⁹) ein gesetzliches Bezugsrecht und damit eine vorrangige Erwerbsmöglichkeit im Ausmaß ihrer Beteiligung zum Zeitpunkt der Ausgabebeschlussfassung.⁴⁸⁰ Das Bezugsrecht⁴⁸¹ muss, sofern der Gesellschaftsvertrag bzw der

⁴⁷⁵ *Hartlieb*, ÖJZ 2023/156, 918 (920).

⁴⁷⁶ Siehe hierzu unten in Punkt 9.2.

⁴⁷⁷ *Kinsky/Kurz* in *Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky*, Rz 14.13; das Zustimmungsrecht von UW-Berechtigten grds ausschließend *Hartlieb*, ÖJZ 2023/156, 918 (921); *Dollenz/Jaritz*, GesRZ 2024, 24 (26).

⁴⁷⁸ § 9 Abs 5 dritter Satz FlexKapGG; ErlRV 2320 BlgNR 27. GP, 7.

⁴⁷⁹ *Dollenz/Jaritz*, GesRZ 2024, 24 (27).

⁴⁸⁰ § 22 Abs 3; *Hartlieb*, ÖJZ 2023/156, 918 (919) mwN.

⁴⁸¹ Bei der Berechnung der Höhe des Bezugsrechts sind die von den UW-Berechtigten geleisteten Einlagen aus dem Stammkapital herauszurechnen; *Hartlieb*, ÖJZ 2023/156, 918 (922).

Ausgabebeschluss keine kürzere oder längere Frist vorsehen⁴⁸², binnen vier Wochen formfrei⁴⁸³ ausgeübt werden.⁴⁸⁴

Das Bezugsrecht der Gesellschafter/innen kann, sofern Dritte die hybriden Finanzierungsinstrumente übernehmen sollen, im Gesellschaftsvertrag oder Zustimmungs- bzw Ermächtigungsbeschluss (wofür ebenfalls eine Mehrheit von Dreiviertel der abgegeben Stimmen notwendig ist) ganz oder teilweise ausgeschlossen werden.⁴⁸⁵ Zudem kann die Entscheidungskompetenz darüber in Analogie zu § 21 Abs 1 dritter Satz FlexKapGG⁴⁸⁶ auch an die Geschäftsführung übertragen werden.⁴⁸⁷ Der Bezugsrechtsausschluss bedarf wie bei einer Kapitalerhöhung einer sachlichen Rechtfertigung⁴⁸⁸, wobei die Anforderungen höher sind, wenn es sich um die Ausgabe von Finanzierungsinstrumenten mit Umtausch- oder Bezugsrechten auf den Erwerb von Anteilen an der Gesellschaft handelt.⁴⁸⁹

Neben der Möglichkeit bei der Ausübung von Umtausch- oder Bezugsrechten in ad hoc Form eine (in der Praxis aufgrund der einzuhaltenden Fristen und Anfechtungsmöglichkeiten mitunter langwierige und risikoreiche) ordentliche Kapitalerhöhung durchzuführen, hat der österreichische Gesetzgeber mit dem genehmigten Kapital⁴⁹⁰ sowie mit der bedingten und der bedingten genehmigten Kapitalerhöhung⁴⁹¹ eine Erleichterung für die Praxis eingeführt, die es bei der öGmbH (auch weiterhin) nicht gibt.⁴⁹² Mit diesen Formen der Kapitalaufnahme wird bereits vor Ausgabe wandelbarer Finanzierungsinstrumente Sicherheit für die Gesellschaft und die Investoren geschaffen, da insb die Gefahr einer Schadenersatzpflicht der Gesellschaft im Falle des Ausbleibens der

⁴⁸² Analog zu § 153 Abs 1 zweiter Satz AktG beträgt die Frist jedoch mindestens zwei Wochen.

⁴⁸³ Die Formvorschriften des § 12 Abs 2 FlexKapGG kommen erst bei der späteren Ausübung von Umtausch- bzw Bezugsrechten auf Geschäftsanteile zur Anwendung.

⁴⁸⁴ § 22 Abs 3 FlexKapGG iVm § 53 Abs 3 öGmbHG; *Hartlieb*, ÖJZ 2023/156, 918 (922) mwN.

⁴⁸⁵ *Dollenz/Jaritz*, GesRZ 2024, 24 (27).

⁴⁸⁶ Siehe zum genehmigten Kapital oben in Punkt 6.1.1.

⁴⁸⁷ ErIRV 2320 BlgNR 27. GP, 14; *Hartlieb*, ÖJZ 2023/156, 918 (921).

⁴⁸⁸ Siehe hierzu bereits oben in Punkt 5.1.

⁴⁸⁹ *Zollner in Doralt/Nowotny/Kalss*, § 174 Rz 57 f.

⁴⁹⁰ § 21 FlexKapGG; siehe bereits oben in Punkt 6.1.1.

⁴⁹¹ § 19 Abs 2 FlexKapGG; siehe bereits oben in Punkt 6.1.2 und 6.1.3.

⁴⁹² *Hartlieb*, ÖJZ 2023/156, 918 (922).

Durchführung der Umtausch bzw Bezugsrechte trotz vertraglicher Zusage, etwa aufgrund der fehlenden Mitwirkung von Gesellschafter/innen beim Kapitalerhöhungsbeschluss, vermieden wird.⁴⁹³

Für Investoren ist idR die Schaffung von bedingtem Kapital günstiger, da für die Ausübung des genehmigten Kapitals vorab ein Beschluss der Geschäftsführung sowie uU die Zustimmung eines Aufsichtsrats eingeholt werden muss⁴⁹⁴ und die Ermächtigung der Geschäftsführung zur Erhöhung des Stammkapitals durch Gesellschafterbeschluss zurückgezogen werden kann.⁴⁹⁵ Demgegenüber wird die bedingte Kapitalerhöhung bei Bedingungseintritt unmittelbar wirksam, ohne dass es einer weiteren Beschlussfassung der Gesellschafter oder Geschäftsführung bedarf und wäre ein dem Beschluss über die bedingte Kapitalerhöhung entgegenstehender Beschluss der Gesellschafterinnen nichtig.⁴⁹⁶

Der Gesetzgeber hat zudem eine weitere Erleichterung für die Praxis geschaffen: Bisher wurde eine Einlage der Forderung aus einem hybriden Finanzierungsinstrument in die Gesellschaft vermieden, um eine kostenintensive und langwierige Sacheinlageprüfung, etwa bei der Wandlung einer Forderung aus einem Wandeldarlehen in einen Geschäftsanteil einer öGmbH, zu vermeiden. Stattdessen wurden neue Geschäftsanteile gegen Zahlung der übernommenen Stammeinlage unter gleichzeitigem Verzicht des Gläubigers auf die Rückzahlung des vom Investor gewährten Darlehens ausgegeben.⁴⁹⁷ Dank der Regelung in § 19 Abs 4 dritter Satz FlexKapGG gelangen die Sacheinlagevorschriften (insb Werthaltigkeitsvorschriften) bei der Hingabe von Schuldverschreibungen im Umtausch gegen Bezugsanteile nicht mehr zur Anwendung, da diese nun ausdrücklich nicht als Sacheinlage gelten.⁴⁹⁸

Eine zusätzliche Absicherung erfahren Übernehmer/innen von hybriden

⁴⁹³ Kinsky/Kurz in Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky, Rz 14.27.

⁴⁹⁴ § 21 Abs 4 FlexKapGG.

⁴⁹⁵ Kinsky/Kurz in Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky, Rz 14.27.

⁴⁹⁶ § 19 Abs 5 FlexKapGG; siehe bereits oben in Punkt 6.1.2.

⁴⁹⁷ Reich-Rohrwig/Kinsky/Kraus, Austrian Limited, 144.

⁴⁹⁸ Dies gilt nur beim Umtausch in Anteile, nicht jedoch auch für den Bezug von Anteilen (wie etwa bei Schuldverschreibungen, welche bei Ausübung des Bezugsrechts bestehen bleiben); Hartlieb, ÖJZ 2023/156, 918 (923).

Finanzierungsinstrumenten im Falle des Tausches gegen Geschäftsanteile dadurch, dass diese im Falle eines Differenzbetrages zwischen dem Ausgabebetrag des Finanzierungsinstruments und dem höheren Ausgabebetrag des Geschäftsanteils von ihrer Leistungspflicht befreit werden können.⁴⁹⁹ Die Entscheidungskompetenz darüber, ob der Differenzbetrag aus dem Bilanzgewinn oder einer freien Rücklage gedeckt wird, kommt den Gesellschafter/innen zu.⁵⁰⁰

8.2 Grundsätze nach dem deutschen Recht

Klassische hybride Finanzierungsinstrumente bei der dGmbH sind Nachrangdarlehen⁵⁰¹ und partiarische Darlehen⁵⁰², Wandel- und Optionsschuldverschreibungen⁵⁰³, Genussrechte⁵⁰⁴ sowie Beteiligungen als stille

⁴⁹⁹ Siehe § 20 Abs 2 zweiter und dritter Satz FlexKapGG.

⁵⁰⁰ § 1 Abs 2 FlexKapGG iVm § 35 Abs 1 Z 1 öGmbHG; *Dabernig/l. Borns* in *Rastegar/Rastegar/Rastegar*, § 20 Rz 41.

⁵⁰¹ Hierbei wird die Nachrangigkeit des Rückzahlungsanspruchs des/r Darlehensgebers/in gegenüber den Forderungen anderer Gläubiger, insb erstrangiger Darlehensgeber/innen, sowohl für die Tilgung als auch für die Insolvenz vereinbart und erfolgt keine oder nur eine zweitrangige Besicherung. Dafür wird idR eine höhere Verzinsung vereinbart, die meist aus einem festen und einem variablen (gewinnabhängigen) Teil besteht. Zusätzlich werden dem Darlehensgeber idR Mitsprache- und Kontrollrechte eingeräumt; *Hofert/Arends*, GmbHR 2005, 1381 (1382) mwN.

⁵⁰² Bei diesen wird anstelle einer festen Verzinsung eine Gewinn- nicht jedoch auch eine Verlustbeteiligung gewährt. Wesentliches Abgrenzungsmerkmal zur stillen Gesellschaft ist die fehlende gemeinsame Zweckverfolgung; *Kaspras/Schirrmacher* in *Centrale für GmbH Dr. Otto Schmidt*, Rz 868.

⁵⁰³ Diese vermitteln neben dem Anspruch auf Rückzahlung des Kapitals ein Umtausch- oder Bezugsrecht auf Anteile an der Gesellschaft; § 221 Abs 1 dAktG; *Habersack* in *Goette/Habersack/Kalss*, MüKoAktG⁵ § 211 Rn 21.

⁵⁰⁴ Bei „Genussrechten“ handelt es sich um einen Oberbegriff, der sämtliche Finanzierungstitel umfasst, die mitgliedschaftstypische Vermögensrechte (Beteiligung am Gewinn und/oder am Liquidationserlös, allenfalls mit einer Verlustbeteiligung oder Nachzahlungspflicht) einräumen und nicht schon Wandel- oder Gewinnschuldverschreibungen sind; *Habersack* in *Goette/Habersack/Kalss*, § 211 Rn 21; *Hofert/Arends*, GmbHR 2005, 1381 (1383).

Gesellschafter^{505, 506}.

Die Ausgabe von Wandel-, Options- und Gewinnschuldverschreibungen⁵⁰⁷ sowie Genussrechten ist in § 221 dAktG gesetzlich verankert. Bei der dGmbH fehlt eine entsprechende Vorschrift, allerdings lässt sich die Begebung von Wandel- und Gewinnschuldverschreibungen sowie Genussrechten aus den im dGmbHG mit dem dAktG übereinstimmenden Grundsätzen ableiten und ist die analoge Anwendung der aktienrechtlichen Bestimmung als zulässig anerkannt.⁵⁰⁸

Die in § 221 Abs 1 dAktG angeführten Finanzierungsinstrumente teilen die Eigenschaft, dass mit ihnen keine Beteiligung an der Gesellschaft begründet, sondern lediglich mitgliedschaftstypische Vermögens- und/oder Bezugsrechte vermittelt werden, die mit den mitgliedschaftsrechtlichen Rechten der Gesellschafter in Konkurrenz treten können.⁵⁰⁹ Demgegenüber ist die Begründung von mitgliedschaftstypischen Mitwirkungs- und Kontrollrechten ausgeschlossen.⁵¹⁰ Die Frage, ob es sich bei einem ausgegebenen Finanzierungsinstrument um ein dem § 221 dAktG unterliegende Wandelschuldverschreibung oder Genussrecht oder um eine festverzinsliche und daher nicht erfasste Anleihe handelt, ist nicht nach der von den Parteien gewählten Bezeichnung, sondern nach dem Schutzzweck der Vorschrift, also

⁵⁰⁵ Ist die vereinbarte stille Beteiligung nach dem gesetzlichen Leitbild der §§ 230 ff deutsches Handelsgesetzbuch ausgestaltet, spricht man von einer typischen stillen Gesellschaft (bei dieser wird eine Gewinn- sowie uU Verlustbeteiligung vereinbart), ist sie es nicht, handelt es sich um eine atypische stille Gesellschaft (bei dieser wird eine steuerrechtliche Mitunternehmerschaft begründet, wobei die Stellung des Kapitalgebers jener eines Gesellschafters ähnelt und neben dem Anspruch auf Beteiligung am Gewinn und Verlust auch ein Anspruch auf Beteiligung an den stillen Reserven und dem Geschäftswert sowie Einflussrechte auf die Geschäftsführung eingeräumt werden können); *Hofert/Arends*, GmbHR 2005, 1381 (1384 f); *Kaspras/Schirmacher* in *Centrale für GmbH Dr. Otto Schmidt*, Rz 864 ff.

⁵⁰⁶ *Hofert/Arends*, GmbHR 2005, 1381 (1382); *Kaspras/Schirmacher* in *Centrale für GmbH Dr. Otto Schmidt*, Rz 860.

⁵⁰⁷ Neben dem festen und unbedingten (nicht nachrangigen) Rückzahlungsanspruch wird hier ein Anspruch auf Beteiligung am Gewinn sowie uU am Liquidationsüberschuss eingeräumt; § 221 Abs 1 dAktG; *Habersack* in *Goette/Habersack/Kalss*, § 211 Rn 21, 54, 58.

⁵⁰⁸ *Habersack* in *Goette/Habersack/Kalss*, § 211 Rn 8; *Fleischer/Pendl*, GmbHR 2024, 174 (186), Rz 49.

⁵⁰⁹ *Habersack* in *Goette/Habersack/Kalss*, § 211 Rn 1.

⁵¹⁰ *Habersack* in *Goette/Habersack/Kalss*, § 211 Rn 21.

anhand der Beurteilung, ob durch dessen Ausgabe die mitgliedschaftliche Sphäre der Gesellschafter berührt wird, zu beantworten.⁵¹¹

Die Ausgabe der in § 221 Abs 1 dAktG angeführten Finanzierungsinstrumente bedarf der vorherigen Zustimmung der Gesellschafterversammlung, wobei – sofern der Gesellschaftsvertrag keine weiteren Erfordernisse bestimmt – eine Mehrheit von mindestens drei Viertel der bei der Beschlussfassung vertretenen Stammkapitals erreicht werden muss.

Die Geschäftsführung kann auch durch Gesellschafterbeschluss, für den wiederum (sofern keine weiteren Erfordernisse im Gesellschaftsvertrag vorgesehen sind) eine qualifizierte Mehrheit erreicht werden muss, zur Ausgabe von Finanzierungsinstrumenten für einen Zeitraum von maximal fünf Jahren ermächtigt werden.⁵¹² Entgegen dem Wortlaut des § 221 Abs 2 dAktG kann die Ermächtigung jedoch nicht nur für die Ausgabe von Wandelschuldverschreibungen, sondern auch von Gewinnschuldverschreibungen und von Genussrechte erteilt werden.⁵¹³ In dem Ermächtigungsbeschluss müssen neben der ausdrücklich anzuführenden Befristung⁵¹⁴ zumindest die Art des Finanzierungsinstrument, die damit einzuräumenden gesellschaftertypischen Rechte sowie der Gesamtnennbetrag bzw ein Höchstnennbetrag angeführt werden.⁵¹⁵

Entgegen der Systematik des § 221 Abs 2 dAktG muss nicht nur Beschluss über die Ausgabe von Wandelschuldverschreibungen, sondern auch der Beschluss über die Ausgabe von sonstigen Finanzierungsinstrumenten iSd § 221 dAktG von der Geschäftsführung (und uU dem Vorstand des Aufsichtsrats) in Ausfertigung oder notariell beglaubigter Abschrift gemeinsam mit einer schriftlichen Erklärung über deren Ausgabe beim Handelsregister hinterlegt werden.⁵¹⁶ Zusätzlich muss ein Hinweis auf den positiven Gesellschafterbeschluss und die Erklärung in den Geschäftsblättern bekannt zu machen.⁵¹⁷ Zudem kommt die Hinterlegungs- und

⁵¹¹ *Habersack in Goette/Habersack/Kalss*, § 211 Rn 20.

⁵¹² § 221 Abs 2 erster Satz dAktG.

⁵¹³ *Habersack in Goette/Habersack/Kalss*, § 211 Rn 149, 154.

⁵¹⁴ *Habersack in Goette/Habersack/Kalss*, § 211 Rn 158.

⁵¹⁵ *Habersack in Goette/Habersack/Kalss*, § 211 Rn 155.

⁵¹⁶ *Habersack in Goette/Habersack/Kalss*, § 211 Rn 146 f mwN.

⁵¹⁷ § 221 Abs 2 letzter Satz dAktG.

Kundmachungspflicht nicht nur im Falle der Ermächtigung zur zukünftigen Ausgabe eines noch nicht konkret feststehenden Finanzierungsinstruments, sondern auch im Falle der Zustimmung zu einem konkreten Vorhaben iSd § 221 Abs 1 dAktG zur Anwendung.⁵¹⁸

Bei der Zustimmung bzw Ermächtigung handelt es sich nur um eine Einschränkung der Geschäftsführungskompetenz, nicht auch um eine der Vertretungsbefugnis der Geschäftsführung, sodass die Ausgabe trotzdem wirksam ist, sofern nicht die Grundsätze über den Missbrauch der Vertretungsmacht zur Anwendung kommen.⁵¹⁹ Handelt die Geschäftsführung ohne vorab eine Zustimmung einzuholen, stellt dies einen Verstoß gegen die internen Pflichten dar führt dies zur Haftung gegenüber der Gesellschaft.⁵²⁰

Die Gesellschafter haben ein gesetzliches Bezugsrecht auf Wandelschuldverschreibungen, Gewinnschuldverschreibungen und Genussrechte.⁵²¹ Das Bezugsrecht kann bei Vorliegen einer sachlichen Rechtfertigung in einem Ermächtigungsbeschluss ausgeschlossen werden oder kann die Entscheidung darüber auch an die Geschäftsführung übertragen werden.⁵²²

Die Ausgabe anderer Finanzierungsinstrumente, wie zB Anleihen, stellt demgegenüber eine Maßnahme der Geschäftsführung dar, auf die die Gesellschafter kein Bezugs- oder Vorerwerbsrecht haben.⁵²³ Allerdings wird vor der Ausgabe die Zustimmung der Gesellschafterversammlung einzuholen sein, da entweder im Gesellschaftsvertrag oftmals ein Zustimmungsvorbehalt festgelegt oder es sich hierbei regelmäßig um eine außergewöhnliche Geschäftsführungsmaßnahme⁵²⁴ handeln wird, bei der selbst dann die

⁵¹⁸ *Habersack in Goette/Habersack/Kalss*, § 211 Rn 148.

⁵¹⁹ *Habersack in Goette/Habersack/Kalss*, § 211 Rn 151; *Stephan/Tieves in Fleischer/Goette*, § 37 Rn 133.

⁵²⁰ § 43 Abs 2 dGmbHG; *Stephan/Tieves in Fleischer/Goette*, § 37 Rn 132, 156 ff; *Habersack in Goette/Habersack/Kalss*, § 211 Rn 152.

⁵²¹ § 221 Abs 4 dAktG.

⁵²² *Habersack in Goette/Habersack/Kalss*, § 211 Rn 161; siehe zu den Grundsätzen auch bereits oben in Punkt 6.2.1.

⁵²³ *Habersack in Goette/Habersack/Kalss*, § 211 Rn 20.

⁵²⁴ *Hartlieb*, ÖJZ 2023/156, 918 (920).

Zustimmung einzuholen ist, wenn der Gesellschaftsvertrag dies nicht ausdrücklich vorsieht.⁵²⁵ Sofern der Gesellschaftsvertrag nichts anderes vorsieht, wird bei der Beschlussfassung jedoch eine einfache Mehrheit ausreichend sein.⁵²⁶

Gewährte Umtausch- oder Bezugsrechte können insb im Zuge einer ordentlichen Kapitalerhöhung⁵²⁷ ausgeübt werden. Allerdings ist die Generalversammlung nicht dazu gezwungen, eine Kapitalerhöhung zu beschließen oder auf ihr gesetzliches Bezugsrecht zu verzichten. Für den Fall, dass eine ordentliche Kapitalerhöhung aufgrund der mangelnden Zustimmung der Gesellschafter scheitert, können jedoch Schadenersatzansprüche gegen die Gesellschaft wegen der Nichterfüllung der Umtausch- oder Bezugszusage geltend gemacht werden.⁵²⁸ Um dieses Szenario zu verhindern, besteht bei der dGmbH zur Sicherung von Bezugs- oder Umtauschrechten vor bzw bei Ausgabe der diesbezüglichen Finanzierungsinstrumente nur die Möglichkeit, dass von den Gesellschaftern ein genehmigtes Kapital geschaffen wird.⁵²⁹ Demgegenüber fehlt eine gesetzliche Regelung zur bedingten Kapitalerhöhung, sodass diesbezüglich eine dreipersonale, schuldrechtliche Vereinbarung notwendig ist.⁵³⁰

8.3 Fazit

Die FlexCo bietet ähnliche Möglichkeiten der hybriden/mezzaninen Finanzierung wie die dGmbH. Beide Rechtsformen erlauben die Nutzung von Finanzierungsinstrumenten, die eine Mischform zwischen Eigen- und Fremdkapital darstellen, und haben ähnlich strukturierte Mechanismen zum Schutz der Gesellschafter implementiert. Diese sind besonders für kleinere und mittlere (Familien-)Unternehmen sowie Start-ups attraktiv, da sie flexibel gestaltet werden können und keine unmittelbare Beteiligung an der Gesellschaft voraussetzen.

Das FlexKapGG regelt hybride Finanzierungsinstrumente explizit und erlaubt

⁵²⁵ *Stephan/Tieves in Fleischer/Goette*, § 37 Rn 68.

⁵²⁶ *Hartlieb*, ÖJZ 2023/156, 918 (920).

⁵²⁷ Siehe hierzu bereits oben in Punkt 5.2.

⁵²⁸ *Habersack in Goette/Habersack/Kalss*, § 211 Rn 214.

⁵²⁹ Siehe hierzu bereits oben in Punkt 6.2.1.

⁵³⁰ Siehe hierzu bereits oben in Punkt 6.2.2.

deren Ausgabe, wobei die gesellschaftsrechtlichen Anforderungen detailliert festgelegt sind. Ein wesentlicher Aspekt dieser Regelungen ist der Schutz der Minderheitsgesellschafter sowie die Vermeidung von Verwässerungseffekten.⁵³¹

Im deutschen Recht ist die Ausgabe hybrider Finanzierungsinstrumente wie Nachrangdarlehen, partiarische Darlehen, Wandel- und Optionsschuldverschreibungen sowie Genussrechte auch bei der dGmbH in analoger Anwendung des § 221 dAktG möglich.

Wie bei der FlexCo erfordert auch bei der dGmbH die Ausgabe hybrider Finanzierungsinstrumente die Zustimmung der Gesellschafterversammlung mit einer Dreiviertel-Stimmenmehrheit des vertretenen Stammkapitals. Die Zustimmungspflicht der Gesellschafterversammlung wirkt sich in beiden Fällen nur auf die interne Geschäftsführungskompetenz aus, nicht aber auf die Vertretungsbefugnis der Geschäftsführung.

Ein für die Praxis relevanter Vorteil liegt bei der FlexCo in der Handhabung von Kapitalerhöhungen. Während im FlexKapGG bedingte Kapitalerhöhungen zur Sicherung von Umtausch- oder Bezugsrechten gesetzlich verankert sind und (neben der Möglichkeit, genehmigtes Kapital zu schaffen) sohin zusätzliche Sicherheitsvarianten für Investoren zur Verfügung gestellt werden, fehlt eine solche Regelung im dGmbHG. Hier besteht aufseiten der Gesellschafter nur die gesetzliche Möglichkeit, im Vorfeld ein genehmigtes Kapital schaffen, um Umtausch- oder Bezugsrechte abzusichern und Schadenersatzansprüche gegen die Gesellschaft zu vermeiden. Diese Variante bietet jedoch nicht dieselbe Sicherheit wie jene des bedingten Kapitals, da einerseits mit dem genehmigten Kapital nicht auch bereits ein Bezugsrechtsausschluss verbunden ist, sodass es zusätzlich zum Ermächtigungsbeschluss eines mit Anfechtungsrisiken verbundenen Beschlusses über den Ausschluss bedarf, und andererseits das genehmigte Kapital auf maximal fünf Jahre befristet werden kann, was zu einer fehlenden Absicherung führt, wenn die Laufzeit des ausgegebenen Finanzierungsinstruments über diesen Zeithorizont hinausgeht.⁵³²

Zusammengefasst bietet die FlexCo durch das FlexKapGG detailliertere und spezifischere Regelungen, die eine sicherere Nutzung von hybriden

⁵³¹ ErlRV 2320 BlgNR 27. GP, 14.

⁵³² *Habersack in Goette/Habersack/Kalss*, § 211 Rn 219.

Finanzierungsinstrumenten ermöglichen. Die dGmbH kann diese Rechtssicherheit nur durch analoge Anwendung des Aktienrechts bzw durch Abschluss dreipersonaler, schuldrechtlicher Vereinbarungen erreichen und steht damit in Durchführung und Besicherung vor größeren Herausforderungen.

9 Mitarbeiterbeteiligung

Mitarbeiterbeteiligungsmodelle dienen sowohl in Österreich als auch in Deutschland insb jungen Unternehmen ohne die notwendigen liquiden Mittel dazu, Anreize für qualifizierte Dienstnehmer/innen zu schaffen, die zu Beginn oftmals niedrigeren Gehälter durch eine Beteiligung am wirtschaftlichen Erfolg und/oder Substanzwert eines Unternehmens aufzubessern und damit Führungskräfte und Schlüsselpersonen langfristig zu binden sowie deren Identifikation mit dem Unternehmen zu stärken.⁵³³

Der Wunsch von Start-Ups und anderen vor allem innovativ technologieorientierten Unternehmen⁵³⁴, deren Mitarbeiter/innen am (erhofften) wirtschaftlichen Erfolg teilhaben zu lassen, wurde auch vom österreichischen Gesetzgeber erkannt und wurde als Alternative zu den bisherigen Möglichkeiten der Mitarbeiterbeteiligung, welche bisher insb auf Grundlage einer schuldrechtlichen Vereinbarung (zumeist in Form von Substanzrechten) gewährt wurden, mit den UW-Anteilen eine neue Form der korporativen Beteiligung geschaffen.⁵³⁵

Demgegenüber bestehen im dGmbHG (im Gegensatz zum dAktG) neben der Möglichkeit einer direkten Beteiligung (samt der Einräumung sämtlicher Rechte und Pflichten als Gesellschafter) keine gesetzlichen Regelungen, die Vorschriften für eine Beteiligung von Mitarbeiter/innen am Unternehmen enthalten.⁵³⁶

In den nachfolgenden Kapiteln werden einerseits die Grundsätze der bisherigen Mitarbeiterbeteiligungsmodelle bei einer dGmbH sowie andererseits der neu

⁵³³ *Schönhaar*, Ausgestaltung von virtuellen Mitarbeiterbeteiligungsprogrammen, GWR 2017, 293; *Mohr*, Ausgestaltung von Mitarbeiterbeteiligungen bei GmbH, GmbH-StB 2005, 305 f.

⁵³⁴ *Weitnauer*, Manager- und Mitarbeiterbeteiligungsmodelle (Teil 1): Strukturen und Ausgestaltung, GWR 2023, 111.

⁵³⁵ ErIRV 2320 BlgNR 27. GP, 4.

⁵³⁶ *Mohr*, GmbH-StB 2005, 305.

eingeführten UW-Anteile an einer FlexCo dargestellt.

9.1 Formen der Mitarbeiterbeteiligung bei der deutschen GmbH

Mitarbeiterbeteiligungen bei der dGmbH können in verschiedenen Formen bestehen, wobei grundsätzlich zwischen drei Kategorien unterschieden werden kann: (1) reine Erfolgsbeteiligungen, (2) (direkte bzw indirekte) Beteiligungen am Kapital der Gesellschaft und (3) schuldrechtliche Beteiligungen im Rahmen von Genussrechten, Darlehen oder als stiller Gesellschafter.⁵³⁷

Erfolgsbeteiligung

Mitarbeiter können zusätzlich zum Lohn/Gehalt in Form einer variablen Vergütung (Tantieme) auf Grundlage des erzielten Gewinns, des erzielten Umsatzes oder der selbst erbrachten Leistungen am wirtschaftlichen Erfolg beteiligt werden, ohne dass diese hierfür selbst finanzielle Mittel in die Gesellschaft einbringen müssen.⁵³⁸

Hierdurch wird keine Beteiligung an der Substanz bzw der Wertsteigerung des Unternehmens eingeräumt und entsteht keine gesellschaftsrechtliche Beziehung, sondern können derartige Vereinbarungen individuell im Arbeitsvertrag oder tariflich bzw durch Betriebsvereinbarung geregelt werden.⁵³⁹ Mitarbeiter/innen erhalten keine Einflussmöglichkeiten auf die Unternehmensführung und erfolgt eine automatische Anpassung des Gehalts an die wirtschaftliche Entwicklung.⁵⁴⁰

Nachteil dieser Variante ist das Fehlen an einer über das Dienstverhältnis hinausgehenden Bindung an das Unternehmen sowie die laufende Belastung der Liquidität des Unternehmens durch die periodisch zu leistenden Tantiemenzahlungen.⁵⁴¹

Beteiligung am Kapital

Um eine weitergehende (gesellschaftsrechtliche) Bindung von Mitarbeiter/innen

⁵³⁷ *Rupp*, Möglichkeiten der Mitarbeiterbeteiligung, EStB 2006, 192.

⁵³⁸ *Heckschen/Glombik*, Erscheinungsformen der Mitarbeiterbeteiligung an der GmbH, GmbHR 2013, 841 (845).

⁵³⁹ *Heckschen/Glombik*, GmbHR 2013, 841 (845 f).

⁵⁴⁰ *Rupp*, EStB 2006, 192.

⁵⁴¹ *Heckschen/Glombik*, GmbHR 2013, 841 (846).

an das Unternehmen zu erreichen, können diesen eine Eigenkapitalbeteiligung an der Gesellschaft, entweder im Zuge einer Abtretung von bestehenden Anteilen oder durch die Ausgabe neuer Anteile im Zuge einer Kapitalerhöhung, gewährt werden⁵⁴², wobei beides der notariellen Beurkundung bedarf, sodass Notarkosten entstehen.⁵⁴³ Diese Form stellt die weitreichendste Form der Mitarbeiterbeteiligung dar, da neben der Beteiligung am Wertzuwachs und Unternehmensgewinn durch Informations-, Kontroll- und Entscheidungsrechte auch Einflussmöglichkeiten eingeräumt werden, die nur in einem gewissen Maß eingeschränkt werden können.⁵⁴⁴ Differenzierungen zwischen Mitarbeitergesellschaftern/innen und Altgesellschaftern/innen sind ohne hinreichende Rechtfertigung selbst im Falle der (teilweisen) unentgeltlichen Einräumung von Anteilen unzulässig.⁵⁴⁵ Es besteht daher grundsätzlich der Nachteil, dass Mitarbeiter/innen als Gesellschafter/innen ihre Interessen, welche jenen der Geschäftsführung bzw der übrigen Gesellschafter/innen zuwiderlaufen können, auf Gesellschafterebene durchsetzen können.⁵⁴⁶

Gesellschafter/innen kommt jedenfalls das unabdingbare Informationsrecht nach § 51a dGmbHG zu, welches nur zur Verhinderung von Schäden für die Gesellschaft eingeschränkt werden darf.⁵⁴⁷ Weiters kann das Recht zur Teilnahme an einer Gesellschafterversammlung gesellschaftsvertraglich nicht ausgeschlossen werden.⁵⁴⁸

Die Einschränkung bzw Entziehung des Stimm- und Gewinnbezugsrechts (nicht jedoch die Beteiligung an einem etwaigen Liquidationserlös) ist gesellschaftsvertraglich zulässig.⁵⁴⁹ Alternativ zum Entzug von Stimmrechten ist

⁵⁴² *Mohr*, GmbH-StB 2005, 305 (306); *Fox/Hüttche/Lechner*, Mitarbeiterbeteiligung an der GmbH, GmbHR 2000, 521 (528); siehe auch oben in Punkt 7.2.

⁵⁴³ *Schönhaar*, GWR 2017, 293.

⁵⁴⁴ *Fox/Hüttche/Lechner*, GmbHR 2000, 521 (523); *Heckschen/Glombik*, Unmittelbare oder mittelbare Beteiligung des Mitarbeiters an einer GmbH – Gestaltungsfragen, GmbHR 2013, 1009.

⁵⁴⁵ *Fox/Hüttche/Lechner*, GmbHR 2000, 521 (529).

⁵⁴⁶ *Schönhaar*, GWR 2017, 293.

⁵⁴⁷ § 51a Abs 3 dGmbHG; *Rupp*, EStB 2006, 192 (194).

⁵⁴⁸ *Heckschen/Glombik*, GmbHR 2013, 841 (847).

⁵⁴⁹ Siehe bereits oben in Punkt 7.2; *Noack* in *Noack/Servatius/Haas*, § 47 Rn 33, 66, 70; *Drescher* in *Fleischer/Goette*, § 47 Rz 127.

auch die Stimmbindung über eine entsprechende Vereinbarung zwischen einem oder mehrerer Gesellschafter und der beteiligten Mitarbeiter/innen möglich, um die einheitliche Stimmabgabe zu gewährleisten.⁵⁵⁰

Darüber hinaus kann einerseits die Übertragbarkeit der an Mitarbeiter/innen ausgegebenen Geschäftsanteile durch eine entsprechende satzungsmäßige Vinkulierungsregelung an die vorab einzuholende Zustimmung der Geschäftsführung oder der Gesellschafter gebunden werden.⁵⁵¹ Andererseits werden im Gesellschaftsvertrag oft auch Mitverkaufspflichten, welche sich zu Lasten der Mitarbeiter/innen auswirken, bzw Mitverkaufsrechte, welche zu Gunsten der beteiligten Mitarbeiter/innen eingeräumt werden, vereinbart, um den Verkauf sämtlicher Anteile an einer Gesellschaft im Falle eines Exit-Events leichter realisieren zu können.⁵⁵²

Ferner besteht die Möglichkeit, das Bezugsrecht von Mitarbeiter/innen für den Fall künftiger Kapitalerhöhungen gesellschaftsvertraglich bzw in einem späteren Gesellschafterbeschluss, was jedoch nur mit der Zustimmung sämtlicher Gesellschafter/innen möglich ist und sich in der Praxis daher oftmals komplizierter gestaltet, auszuschließen.⁵⁵³

Als weitere Form der Kapitalbeteiligung besteht auch die Möglichkeit der indirekten Beteiligung durch die Bündelung der von Mitarbeiterinnen gehaltenen Geschäftsanteilen über eine Mitarbeiterbeteiligungsgesellschaft, welche wiederum an der Gesellschaft beteiligt ist.⁵⁵⁴ Es entstehen damit zwei voneinander getrennte Beteiligungsverhältnisse, es wird die Einflussnahme der einzelnen Mitarbeiter/innen auf die Gesellschaft durch die Bündelung der jeweiligen Stimmrechte reduziert und ist der Kreis der Gesellschafter bei der Gesellschaft unabhängig von Ein- und Austritten der jeweiligen Mitarbeiter/innen bei der Beteiligungsgesellschaft.⁵⁵⁵ Weiters kann die Beteiligung auch durch ein Treuhandverhältnis, bspw zwischen einem Altgesellschafter und einem/r

⁵⁵⁰ *Fox/Hüttche/Lechner*, GmbHR 2000, 521 (530); *Rupp*, EStB 2006, 192 (194).

⁵⁵¹ *Fox/Hüttche/Lechner*, GmbHR 2000, 521 (530 f); *Rupp*, EStB 2006, 192 (194);

⁵⁵² *Heckschen/Glombik*, GmbHR 2013, 1009 (1010 f).

⁵⁵³ *Fox/Hüttche/Lechner*, GmbHR 2000, 521 (531).

⁵⁵⁴ *Rupp*, EStB 2006, 192 (195).

⁵⁵⁵ *Heckschen/Glombik*, GmbHR 2013, 1009 (1016).

Mitarbeiter/in, eingeräumt werden.⁵⁵⁶

In der Praxis werden häufig Rückübertragungsverpflichtungen für den Fall des Ausscheidens des/r Mitarbeiter/in vereinbart. Dies in Form von schuldrechtlichen Vereinbarungen (Abtretungsverpflichtung in Form einer aufschiebenden bedingten Call-Optionsvereinbarung) und/oder gesellschaftsvertraglicher Gestaltung (Gesellschafterausschluss durch Einziehung von Gesellschaftsanteilen gegen Zahlung einer Abfindung, wobei in der Satzung die Höhe vom Grund des Ausscheidens, den Modalitäten des Anteilserwerbs und von der Dauer der Mitgliedschaft abhängig gemacht werden kann).⁵⁵⁷

Schuldrechtliche Beteiligungen

Auf schuldrechtlicher Ebene bestehen eine Vielzahl an Formen, mit denen eine Mischform zwischen einer reinen Erfolgsbeteiligung und einer Beteiligung am Kapital der Gesellschaft vereinbart werden kann.

Eine Möglichkeit ist, dass Mitarbeiter/innen Put-Optionsrechte zum Erwerb von Anteilen an der Gesellschaft eingeräumt werden, welche vom Eintritt bestimmter Ereignisse (bspw eines Exit-Events) abhängig sind, eingeräumt werden, wobei es sich hierbei um bestehende, eigene Anteile iSd § 33 dGmbHG oder um im Rahmen einer Kapitalerhöhung neu auszugebende Anteile handeln kann.⁵⁵⁸ Diese Form hat den Vorteil, dass die direkte Kapitalbeteiligung auf einen späteren Zeitpunkt verschoben wird, und Mitarbeiter/innen bis dahin keine Einflussrechte auf das Unternehmen, sondern nur das bedingt eingeräumte Bezugsrecht zukommt.⁵⁵⁹

Weiters kommen Mezzanine-Kapitalbeteiligungen wie die Ausgabe von Wandelschuldverschreibungen oder Wandelgenussrechten in Betracht, bei denen es sich um eine Mischform aus Eigen- und Fremdkapitalbeteiligung handelt.⁵⁶⁰ Hier wird Mitarbeiter/innen für das der Gesellschaft gewährte Darlehen bzw Genussrechtskapital das Recht auf Wandlung des investierten

⁵⁵⁶ Fox/Hüttche/Lechner, GmbHR 2000, 521 (528 f); Heckschen/Glombik, GmbHR 2013, 1009 (1018).

⁵⁵⁷ Heckschen/Glombik, GmbHR 2013, 1009 (1011 ff).

⁵⁵⁸ Fox/Hüttche/Lechner, GmbHR 2000, 521 (533).

⁵⁵⁹ Heckschen/Glombik, GmbHR 2013, 1009 (1019).

⁵⁶⁰ Siehe zu Wandelschuldverschreibungen und Genussrechten bereits oben in Punkt 8.2.

Kapitals in Stammkapital zu vorab vereinbarten Bedingungen zu wandeln, wobei der schuldrechtliche Zahlungsanspruch des/r Mitarbeiter/in als Sacheinlage in die Gesellschaft eingebracht und im Gegenzug im Rahmen einer Kapitalerhöhung neue Anteile an der dGmbH ausgegeben werden.⁵⁶¹ Diese Beteiligungsform bringt den Vorteil, dass Mitarbeiter/innen bereits vor Durchführung der Wandlung durch die Zinszahlungen, welche idR zumindest zu einem Teil variabel anhand des Gewinns des Unternehmens berechnet werden, am Unternehmenserfolg wirtschaftlich beteiligt sind.⁵⁶² Nachteil dieser Variante sind das Verfahren und die damit verbundenen Kosten für die Sacheinlageprüfung bei der dGmbH.⁵⁶³

Als weitere Mezzanine-Kapitalbeteiligungsform können sich Mitarbeiter/innen als stille Gesellschafter⁵⁶⁴ an der Gesellschaft beteiligen. Im Falle einer Beteiligung als typische stille Gesellschafter haben Mitarbeiter/innen keine Rechte und Pflichten wie die direkt beteiligten Gesellschafter der Gesellschaft sowie keinen Einfluss auf die Unternehmensleitung. Sie haben Anspruch auf Beteiligung am Unternehmensgewinn, (im Gegensatz zur atypischen stillen Beteiligung) nicht aber am Wertzuwachs und ist die Verlustbeteiligung, sofern diese vertraglich nicht ausgeschlossen wird, auf die Höhe der Einlage begrenzt.⁵⁶⁵ Demgegenüber ist die Stellung bei einer atypischen stillen Gesellschaft durch die Beteiligung am Vermögen und den stillen Reserven sowie durch die Einräumung von Kontrollrechten an jene eines Gesellschafters angenähert.⁵⁶⁶

Zudem kann eine Mitarbeiterbeteiligung durch die Ausgabe von Genussrechten erfolgen. Deren Ausgestaltung ist mangels gesetzlicher Regelung in einem weiten Rahmen möglich, sodass gegen Bezahlung eines bestimmten Entgelts sowohl eine Beteiligung am Gewinn, Verlust und Liquidationserlös bzw nur am Gewinn, als auch die Zahlung von Zinsen oder eine Mischform (etwa in Form einer garantierten Gewinnbeteiligung oder Mindestverzinsung) vereinbart

⁵⁶¹ *Heckschen/Glombik*, GmbHR 2013, 1009 (1020); *Fox/Hüttche/Lechner*, GmbHR 2000, 521 (534).

⁵⁶² *Heckschen/Glombik*, GmbHR 2013, 1009 (1020).

⁵⁶³ § 5 Abs 4 dGmbHG.

⁵⁶⁴ Siehe zur stillen Gesellschaft bereits oben in Punkt 8.2.

⁵⁶⁵ *Heckschen/Glombik*, GmbHR 2013, 841 (843).

⁵⁶⁶ *Heckschen/Glombik*, GmbHR 2013, 841 (843); *Rupp*, EStB 2006, 192 (193).

werden kann.⁵⁶⁷ Genussrechte können an typische stille Beteiligungen angeglichen werden, wenngleich es sich rechtlich nur um ein einfaches schuldrechtliches Gläubigerrecht handelt, ohne einer personalistischen Verbindung durch die gemeinsame Zweckverfolgung.⁵⁶⁸ Mitarbeiter/innen erhalten aus dem gewährten Genussrechten daher keine Informations- oder Mitwirkungsrechte.⁵⁶⁹ Genussrechte haben Eigenkapitalcharakter, wenn ihnen Nachrangigkeit im Falle der Insolvenz bzw Liquidation zukommen, die Vergütung erfolgsabhängig ist und eine Teilnahme am Verlust besteht und die Laufzeit längerfristig ist.⁵⁷⁰

Alternativ zu einer direkten Beteiligung besteht zudem die Möglichkeit der Ausgabe von virtuellen Anteilen im Rahmen von individuell gestaltbaren, virtuellen Beteiligungsprogrammen (sog „Phantom Stocks Programm“ oder „Virtual Shares Option Plan“).⁵⁷¹ Mit der Ausgabe von virtuellen Anteilen werden keine Gesellschafterrechte verliehen, sodass Mitarbeiter/innen keine Informations-, Kontroll- oder Mitwirkungsrechte haben.⁵⁷² Vielmehr bildet diese rein wirtschaftliche Beteiligungsform eine virtuelle Beteiligung des/r Mitarbeiter/in am Stammkapital der Gesellschaft, bezogen auf bestehende Geschäftsanteile an der Gesellschaft, ab und vermittelt einen gegen die Gesellschaft gerichteten, schuldrechtlichen Anspruch auf Bezahlung eines bestimmten Geldbetrags, welcher sich anhand einer vorab vereinbarten Formel aus der Höhe des virtuellen Anteils in Bezug zur erzielten Exit-Vergütung bzw (falls vereinbart) zur Höhe einer Gewinnausschüttung errechnet.⁵⁷³ Hierdurch wird ohne die Gewährung einer direkten Kapitalbeteiligung eine Teilhabe am Wertzuwachs des Unternehmens eingeräumt und ist für die Ausgabe von virtuellen Anteilen (im Vergleich zu

⁵⁶⁷ *Fox/Hüttche/Lechner*, GmbHR 2000, 521 (528); *Heckschen/Glombik*, GmbHR 2013, 841 (845); *Rupp*, EStB 2006, 192 (193).

⁵⁶⁸ Siehe hierzu bereits oben in Punkt 8.2; *Fox/Hüttche/Lechner*, GmbHR 2000, 521 (527); *Rupp*, EStB 2006, 192 (193).

⁵⁶⁹ *Heckschen/Glombik*, GmbHR 2013, 841 (845).

⁵⁷⁰ *Rupp*, EStB 2006, 192 (193).

⁵⁷¹ *Schönhaar*, GWR 2017, 293.

⁵⁷² *Schönhaar*, GWR 2017, 293.

⁵⁷³ *Weitnauer*, GWR 2023, 111 (114); *Schönhaar*, GWR 2017, 293 (294).

Geschäftsanteilen) auch keine notarielle Beurkundung notwendig.⁵⁷⁴

9.2 Unternehmenswert-Anteile nach dem FlexKapGG

Bisher konnten Start-Ups (soweit keine reine Erfolgsbeteiligung bzw direkte Kapitalbeteiligung eingeräumt werden sollte) in Form der öGmbH ihren Mitarbeiter/innen nur auf schuldrechtlicher Basis⁵⁷⁵ am Unternehmenserfolg und der Entwicklung des Unternehmenswerts beteiligen, ohne diesen gleichzeitig auch weitreichende Informations-, Kontroll- und Mitentscheidungsrechte einräumen zu müssen.⁵⁷⁶ Durch die mit der Einführung des FlexKapGG speziell für die FlexCo neu geschaffenen UW-Anteilen soll den Arbeitgebern nun eine vorteilhafte Alternative geboten werden, um insb Mitarbeiter/innen am Kapital zu beteiligen, ohne diesen auch die gleichen Rechte wie den übrigen Gesellschafter/innen einräumen zu müssen.⁵⁷⁷

Bei den UW-Anteilen handelt es sich um eine korporative Beteiligungsform *sui generis* mit gesetzlich genau determinierten und stark eingeschränkten Rechten und Pflichten, bei der die eingeschränkten Rechte aus der Gesellschafterstellung durch ein deutlich reduziertes wirtschaftliches Risiko kompensiert werden.⁵⁷⁸

Sofern es der Gesellschaftsvertrag vorsieht, können UW-Anteile bis zu einem Ausmaß von 25% (sohin bis zu 24,999% des Stammkapitals einer FlexCo) ausgegeben werden.⁵⁷⁹ Die Ausgabe kann grundsätzlich an jeden erfolgen, allerdings sieht nicht zuletzt der österreichische Gesetzgeber deren Hauptanwendungsfall in der Mitarbeiterbeteiligung.⁵⁸⁰ Zudem kann auch die

⁵⁷⁴ Schönhaar, GWR 2017, 293 (296).

⁵⁷⁵ Siehe hierzu die verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten oben in Punkt 9.1 zur dGmbH, welche im Wesentlichen auch bei der öGmbH bestehen.

⁵⁷⁶ Siehe zur Übersicht der Wesensmerkmale von UW-Anteilen, Geschäftsanteilen und vertraglichen Substanzbeteiligungen in *Ludvik/Grabmayr*, Beteiligung von Mitarbeitern an der Flexiblen Kapitalgesellschaft, ASoK 2023, 274 (280).

⁵⁷⁷ ErlRV 2320 BlgNR 27. GP, 4.

⁵⁷⁸ ErlRV 2320 BlgNR 27. GP, 4. Siehe zur Abgrenzung ggü stimmrechtslosen Vorzugsaktien bei der öAG in *Told*, ÖJZ 2023/153, 897 (900).

⁵⁷⁹ § 9 Abs 1 FlexKapGG; *J. Reich-Rohrwig/Kinsky/Kurz* in *Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky*, Rz 8.2.

⁵⁸⁰ Siehe etwa die Zusatzvorschriften in § 11 FlexKapGG; ErlRV 2320 BlgNR 27. GP, 4; *Ludvik/Grabmayr*, ASoK 2023, 274 (278).

FlexCo selbst eigene UW-Anteile erwerben und besitzen und bspw für die spätere Ausgabe und Übertragung an Mitarbeiter/innen verwenden.⁵⁸¹

Abweichend von den Vorschriften zu den Geschäftsanteilen an einer FlexCo⁵⁸² muss der geringste Nennbetrag mindestens EUR 0,01 betragen.⁵⁸³ Als Gegenleistung für die Ausgabe von UW-Anteilen müssen UW-Berechtigte die übernommene Stammeinlage sofort in voller Höhe leisten, wobei sowohl Bar- als auch Sacheinlagen möglich sind.⁵⁸⁴

UW-Beteiligte haben Anspruch auf einen anteiligen Bilanzgewinn und Liquidationserlös, sofern gesellschaftsvertraglich keine abweichende Regelung vorsieht. Diese ist nur zulässig, wenn sie eine Gleichbehandlung der UW-Beteiligten mit den in der Satzung zu definierenden Gründungsgesellschafter/innen vorsieht.⁵⁸⁵

Nach Ansicht des österreichischen Gesetzgebers soll das mit einer Beteiligung verbundene Risiko für UW-Berechtigte aufgrund des weitgehenden Ausschlusses von der Mitwirkungsmöglichkeit an der Willensbildung in der Gesellschaft gering sein, weshalb die Stammeinlagen der UW-Anteile bereits bei deren Übernahme in voller Höhe zu leisten sind.⁵⁸⁶ Darüber hinaus sind UW-Berechtigte im Vergleich zu den übrigen Gesellschaftern/innen dadurch privilegiert, dass sie weder eine subsidiäre Ausfallhaftung für ausstehende Leistungen auf die von anderen Gesellschaftern/innen übernommenen Stammeinlagen⁵⁸⁷, noch eine subsidiäre Ausfallhaftung für eine an andere Gesellschafter/innen gewährte (und grds verbotene⁵⁸⁸) Einlagenrückgewähr⁵⁸⁹ trifft, sowie dass in Hinblick auf UW-Berechtigte im Gesellschaftsvertrag eine

⁵⁸¹ § 15 Abs 1 Z 9 FlexKapGG; J. Reich-Rohrwig/Kinsky/Kurz in Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky, Rz 8.35.

⁵⁸² § 3 FlexKapGG; siehe oben in Punkt 7.1.

⁵⁸³ § 9 Abs 2 erster Satz FlexKapGG.

⁵⁸⁴ § 9 Abs 2 zweiter Satz FlexKapGG; J. Reich-Rohrwig/Kinsky/Kurz in Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky, Rz 8.2.

⁵⁸⁵ § 9 Abs 3 FlexKapGG.

⁵⁸⁶ ErlRV 2320 BlgNR 27. GP, 5.

⁵⁸⁷ § 70 Abs 2 öGmbHG.

⁵⁸⁸ § 1 Abs 2 FlexKapGG iVm § 82 Abs 1 öGmbHG.

⁵⁸⁹ § 83 Abs 2 und 3 öGmbHG.

Nachschusspflicht nicht wirksam vereinbart werden kann.⁵⁹⁰

Fraglich erscheint in diesem Zusammenhang, ob die strengen Kapitalerhaltungsvorschriften (Verbot der Einlagenrückgewähr) auch auf UW-Berechtigte uneingeschränkt zur Anwendung gelangen.⁵⁹¹ Dies hat insb für den Fall Bedeutung, wenn UW-Berechtigte gleichzeitig Arbeitnehmer/innen der Gesellschaft sind und von dieser ein fremdunübliches, da zu hohes Gehalt beziehen (Fall der verdeckten Einlagenrückgewähr⁵⁹²). In der Literatur wird in diesem Zusammenhang vorwiegend die Ansicht vertreten, dass die Bestimmungen der §§ 82 und 83 Abs 1 öGmbHG (iVm § 1 Abs 2 FlexKapGG) aufgrund der fehlenden planwidrigen Gesetzeslücke auch für UW-Berechtigte uneingeschränkt zur Anwendung gelangt.⁵⁹³ Der Ablehnung einer teleologischen Reduktion ist zu folgen, da der Gesetzgeber ansonsten auch eine Ausnahme von der Haftung der UW-Berechtigten nach § 83 Abs 1 öGmbHG ausdrücklich angeordnet hätte.⁵⁹⁴ Dienstverträge, die ein fremdüblich überhöhtes Gehalt vorsehen, sind teilweise nichtig, sodass die überhöhten Gehälter an die Gesellschaft zurückbezahlt werden müssen, und sind UW-Berechtigte auch hierüber bei der Belehrung nach § 11 Abs 1 FlexKapGG aufzuklären.⁵⁹⁵

Dafür haben UW-Berechtigte (sofern gesellschaftsvertraglich nichts anderes vorgesehen wird) im Falle von Kapitalerhöhungen kein Vorrecht zur Übernahme von neuen Stammeinlagen.⁵⁹⁶ UW-Berechtigten kommt zudem kein Stimmrecht und kein Recht auf Anfechtung oder Nichtigerklärung von Gesellschafter-

⁵⁹⁰ § 9 Abs 2 dritter Satz FlexKapGG; *Told*, ÖJZ 2023/153, 897 (899).

⁵⁹¹ *Rastegar/Rastegar/Rastegar* in *Rastegar/Rastegar/Rastegar*, FlexKapGG-ON^{1.00} § 9 Rz 169 ff.

⁵⁹² So stellen überhöhte Gehälter von Gesellschafter-Geschäftsführer/innen eine verdeckte Gewinnausschüttung dar; *Koppensteiner/Rüffler*³ § 82 Rz 17, *Bauer/Zehetner* in *Straube/Ratka/Rauter*, § 82 jeweils mwN.

⁵⁹³ *Trenker*, Gläubigerschutz und Insolvenz der FlexCo, ZIK 2024/43, 48 (50), *S. Bydlinski/Ratka/Straube* in *Straube/Ratka/Rauter*, § 1 FlexKapGG Rz 54, *Fantur*, Einlagenrückgewähr-Fälle bei Mitarbeiterbeteiligungen an einer Flexiblen Kapitalgesellschaft, GES 2024, 1; aA siehe in *Rastegar/Rastegar/Rastegar* in *Rastegar/Rastegar/Rastegar*, § 9 Rz 174.

⁵⁹⁴ *Fantur*, GES 2024, 1 (2).

⁵⁹⁵ *Fantur*, GES 2024, 1 (4).

⁵⁹⁶ § 9 Abs 2 vierter Satz FlexKapGG.

beschließen, sondern nur ein Recht auf Teilnahme⁵⁹⁷ an sowie ein Verständigungsrecht von Generalversammlungen der Gesellschaft zu, zudem sind sie über die Durchführung von schriftlichen Abstimmungen zu informieren.⁵⁹⁸ Sofern im Gesellschaftsvertrag keine weitergehenden Zustimmungsrechte eingeräumt werden, bedürfen lediglich Gesellschafterbeschlüsse, mit denen eine Änderung (insb in Bezug auf den Anteil am Bilanzgewinn bzw Liquidationserlös) bzw Verschlechterung der Rechtsstellung von UW-Berechtigten etwa bei der Ausgabe von neuen UW- bzw Geschäftsanteilen, die eine vorrangige Rechtsposition bei der Verteilung von Gewinnen bzw Liquidationserlösen haben) einhergehen oder eine Umwandlung von UW-Anteilen in Geschäftsanteile an der FlexCo⁵⁹⁹ bewirken, der Zustimmung aller betroffenen UW-Berechtigten und stehen ihnen in Bezug auf derartige Beschlüsse dieselben Mitwirkungs- und Klagerechte wie den übrigen Gesellschaftern/innen zu.⁶⁰⁰

Eine Ausnahme von dem besonderen Zustimmungsrecht der UW-Berechtigten besteht jedoch für den Fall, wenn gesellschaftsvertraglich die Gleichbehandlung mit den im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich zu bezeichnenden Gründungsgesellschaftern/innen vorgesehen ist und bei Einräumung der UW-Anteile ausdrücklich vorbehalten wurde, dass später ausgegebenen Geschäftsanteilen oder UW-Anteilen eine vorrangige Rechtsposition eingeräumt werden kann.⁶⁰¹

UW-Berechtigte verfügen nur über eingeschränkte Informations- und Einsichtsrechte iSd § 22 Abs 2 und 3 öGmbHG, sodass sie nur binnen einer Frist von vierzehn Tagen vor einer ordentlichen Generalversammlung Einsicht nehmen können.⁶⁰² Im Vergleich zu den übrigen Gesellschaftern/innen haben sie

⁵⁹⁷ Dieses beinhaltet auch ein Auskunftsrecht sowie Recht zur Antragstellung; *Eckert/Sternig*, *ecolex* 2023/573, 917 (918).

⁵⁹⁸ § 9 Abs 4 zweiter bis vierter Satz FlexKapGG.

⁵⁹⁹ Eine Umwandlung kann nur dadurch erfolgen, dass einerseits eine diese UW-Anteile betreffende Herabsetzung des Stammkapitals und andererseits eine entsprechende Erhöhung des Stammkapitals durchgeführt wird, für welche die allgemeinen Formvorschriften gelten; § 9 Abs 9 FlexKapGG.

⁶⁰⁰ § 9 Abs 5 erster und zweiter Satz FlexKapGG; *J. Reich-Rohrwig/Kinsky/Kurz* in *Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky*, Rz 8.6.

⁶⁰¹ § 9 Abs 5 dritter Satz FlexKapGG.

⁶⁰² § 9 Abs 4 erster Satz; *Told*, *ÖJZ* 2023/153, 897 (899).

jedoch kommt kein ständiges (auch unterjähriges) Bucheinsichtsrecht.⁶⁰³ Der österreichische Gesetzgeber⁶⁰⁴ rechtfertigt die Abkehr von der durch den OGH entwickelten Judikatur zu den über den Wortlaut des § 22 öGmbH hinausgehenden Informations- und Einsichtsrechten von GmbH-Gesellschaftern damit, dass die vom OGH erweiterten Ansprüche auf Prüfungs- und Leitungsaufgaben beruhen, die UW-Beteiligten aufgrund ihres fehlenden Einflusses auf die Willensbildung der Gesellschaft nicht zustehen.

In seiner Stellungnahme zum Entwurf des OGH gab der OGH seine Bedenken dazu bekannt, dass diese Intention des Gesetzgebers auch ausreichend deutlich im Gesetz Niederschlag findet.⁶⁰⁵ Wenngleich der im Vergleich zu den übrigen FlexCo-Gesellschafter/innen eingeschränkte Informationsanspruch von UW-Berechtigten nicht direkt aus dem Gesetz abgeleitet werden kann, dürfte dies uU im Wege der Auslegung des § 9 Abs 4 FlexKapGG sowie aus der nunmehr in Hinblick auf UW-Berechtigte vorzunehmenden Differenzierung bei Anwendung der für die öGmbH entwickelten Rechtsprechung gelingen.⁶⁰⁶ Letztlich bleibt es jedoch abzuwarten, ob die vom österreichischen Gesetzgeber intendierte Einschränkung der Informations- und Einsichtsrechte vom OGH als zulässig anerkannt wird.

Die Stellung der UW-Berechtigten wird zudem durch ein gesetzlich verankertes Mitverkaufsrecht für den Fall, dass die Gründungsgesellschafter ihre Anteile zur Gänze oder zumindest mehrheitlich in einem oder in mehreren Vorgängen verkaufen, gestärkt. Dieses muss im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich enthalten sein und kann auch auf weitere Fälle erstreckt werden.⁶⁰⁷ Im Gesellschaftsvertrag sind die Gründergesellschaften/innen, die zum Zeitpunkt der Einräumung der UW-Anteile über eine Mehrheit des Stammkapitals der Gesellschaft verfügen, festzulegen und haben diese bei einem Verkauf ihrer Anteile den UW-Berechtigten zu garantieren, dass die Erwerberinnen auch den UW-Beteiligten den Erwerb ihrer Anteile entsprechend der Höhe ihrer jeweils eingezahlten Stammeinlagen zum gleichen Preis und zu gleichen Konditionen

⁶⁰³ J. Reich-Rohrwig/Kinsky/Kurz in Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky, Rz 8.6.

⁶⁰⁴ Vgl RIS-Justiz RS0060098.

⁶⁰⁵ Oberster Gerichtshof, Stellungnahme zum Entwurf des GesRÄG 2023, 3.

⁶⁰⁶ Jeitler/Juster in Schneeweiss/Hule, § 9 Rz 33.

⁶⁰⁷ § 10 Abs 1 FlexKapGG.

anbieten.⁶⁰⁸ Die Eigenschaft als Gründungsgesellschafter/in ist höchstpersönlich, geht somit nicht auf Anteilerwerber/innen über, und wird im jeweiligen Zeitpunkt der Einräumung von UW-Anteilen begründet, sodass es bei mehreren Ausgaben auch mehrere Generationen von Gründungsgesellschafter/innen geben kann. Hieraus können sich für die Praxis, etwa bei der späteren Veränderung der Beteiligungsverhältnisse, verschiedene Herausforderungen ergeben und werden wohl insb Umgehungsstrukturen Gegenstand zukünftiger Prüfungen durch die österreichischen Gerichte sein.⁶⁰⁹

UW-Anteile können originär im Zuge der Gründung, einer Kapitalerhöhung oder derivativ durch Abtretung erworben werden.⁶¹⁰ Für die Übernahme oder die Übertragung von UW-Anteilen gilt (im Vergleich zu Geschäftsanteilen⁶¹¹) das erleichterte Formerfordernis der Schriftform, sodass es weder eines Notariatsakts noch einer notariellen oder anwaltlichen Urkunde bedarf.⁶¹² Dies gilt auch für Abtretungsanbote und Annahmeerklärungen sowie für Vereinbarungen über die zukünftige Übertragung von UW-Anteilen (zB Optionsverträge oder Einräumung von Vorkaufs- oder Aufgriffsrechten).⁶¹³

UW-Berechtigte werden anders als die übrigen Gesellschafter/innen einer FlexCo nicht individuell im Firmenbuch angeführt, sondern wird nur der Umstand, dass von der Gesellschaft UW-Anteile ausgegeben wurden sowie Gesamtsumme der Stammeinlagen und der darauf geleisteten Einlagen der jeweiligen Unternehmenswert-Anteile eingetragen.⁶¹⁴ Die Namen und Geburtsdaten der UW-Berechtigten sowie die von ihnen übernommenen Stammeinlagen sind von der Geschäftsführung in einem Anteilsbuch aufzunehmen.⁶¹⁵ Die Geschäftsführung muss bei der Anmeldung der

⁶⁰⁸ § 10 Abs 2 FlexKapGG

⁶⁰⁹ Siehe zur Bemängelung des unklaren Gesetzeswortlauts sowie der Umgehungsgefahr *Eckert/Sternig*, *ecolex* 2023/573, 917 (919); *Zollner*, Das Mitverkaufsrecht der Unternehmenswert-Beteiligten, *ÖJZ* 2023/154, 904.

⁶¹⁰ *J. Reich-Rohrwig/Kinsky/Kurz* in *Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky*, Rz 8.29 f.

⁶¹¹ Siehe oben in Punkt 7.1.

⁶¹² § 9 Abs 6 erster Satz FlexKapGG.

⁶¹³ *J. Reich-Rohrwig/Kinsky/Kurz* in *Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky*, Rz 8.32.

⁶¹⁴ § 9 Abs 6 zweiter und dritter Satz FlexKapGG.

⁶¹⁵ Für das Anteilsbuch kommen die Bestimmungen über das Aktienbuch einer Aktiengesellschaft sinngemäß zur Anwendung; § 9 Abs 7 FlexKapGG.

Gesellschaft zum Firmenbuch bzw bei der erstmaligen Ausgabe von UW-Anteilen sowie anschließend jährlich innerhalb von 9 Monaten nach dem Bilanzstichtag eine Namensliste (diese hat die Namen, Geburtsdaten sowie uU Firmenbuchnummer zu enthalten) sowie eine Anteilsliste (diese hat zusätzlich die Höhe der übernommenen Stammeinlagen und der darauf geleisteten Einzahlungen zu enthalten) beim Firmenbuch einreichen.⁶¹⁶

Mitarbeiter/innen⁶¹⁷ müssen um eine wohlinformierte Entscheidung sicherzustellen vor der erstmaligen (originären) Übernahme bzw (derivativen) Erwerb von UW-Anteilen, wobei eine Entgeltlichkeit keine Rolle spielt, von der Gesellschaft über die Natur des UW-Anteils und die wesentlichen Punkte des Gesellschaftsvertrags in rechtlicher und wirtschaftlicher Hinsicht nachweislich zumindest zwei Wochen vor Zeichnung oder Übernahme in Textform in nachvollziehbar gestalteter Weise belehrt werden.⁶¹⁸ Neben den konkreten Voraussetzungen zum Erwerb von UW-Anteilen (Vesting-Bedingungen) und der Veräußerungsmöglichkeiten (insb bei einem Exit-Event oder der Beendigung des Arbeitsverhältnisses) sind auch die steuerlichen und sozialversicherungsrechtlichen Rahmenbedingungen darzustellen.⁶¹⁹ Das Gesetz sieht keine Rechtsfolgen für den Fall der Verletzung der Informationspflicht vor, sodass lediglich allgemein zivilrechtliche Rechtsbehelfe in Frage kommen.⁶²⁰ Offen anhand der gesetzlichen Regelung ist, ob auch auf Vereinbarungen betreffend Gewinnausschüttungen hinzuweisen sind bzw ob Liquidationspräferenzen einzelner Gesellschafter in Hinblick auf Exit-Szenarien darzustellen sind, sowie

⁶¹⁶ § 9 Abs 8 FlexKapGG.

⁶¹⁷ Neben echten Dienstnehmer/innen sind auch andere in einem Dauerschuldverhältnis zur Gesellschaft stehende Beschäftigte (insb freie Dienstnehmer) umfasst; *Andréewitch-Wallner* in *Schneeweiss/Hule*, § 11 Rz 14.

⁶¹⁸ § 11 Abs 1 FlexKapGG; *J. Reich-Rohrwig/Kinsky/Kurz* in *Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky*, Rz 8.45; *W. Ettmayer/Essenther* in *Rastegar/Rastegar/Rastegar*, § 11 Rz 18.

⁶¹⁹ ErlRV 2320 BlgNR 27. GP, 11.

⁶²⁰ Denkbar wären etwa Irrtumsanfechtung, Rücktritt, Kündigung, Gewährleistung oder Schadenersatz; *Rizzi/Ringhofer*, Die neue Gesellschaftsform der FlexKapG, ÖJZ 2023, 891 (894); *W. Ettmayer/Essenther* in *Rastegar/Rastegar/Rastegar*, § 11 Rz 30; *Ludvik*, Mitarbeiterbeteiligungen unter Berücksichtigung der Flexiblen Kapitalgesellschaft (Unternehmenswertanteil), ASoK 2024, 86 (95).

ob wirtschaftliche Risikofaktoren der Gesellschaft offenzulegen sind.⁶²¹ Aufgrund der unklaren Rechtsfolgen im Falle der Verletzung der Informationspflicht ist für die Praxis empfehlenswert, bis zur (gerichtlichen) Klärung des konkreten Inhalts und Umfangs der bereitzustellenden Information, auch diese Auskünfte in jener Form zu Verfügung zu stellen, wie sie nicht beim Unternehmen beschäftigte (prospektive) Gesellschafter erhalten würden.⁶²²

Zudem ist im Gesellschaftsvertrag festzulegen, an wen und zu welchen Konditionen (insb Regelung zur Kaufpreisermittlung) Mitarbeiter/innen ihre UW-Anteile veräußern können, wenn das Beschäftigungsverhältnis mit der Gesellschaft aus welchem Grund auch immer beendet wird, wobei die Gesellschaft unter Einhaltung der Vorschriften zum Erwerb eigener Anteile, sowie (uU auch subsidiär) andere Gesellschafter oder (mit deren Zustimmung) Dritte als Erwerbsverpflichtete vorgesehen werden können.⁶²³ Es sind für jeden Fall der Beendigung Veräußerungsregeln aufzunehmen, wobei Differenzierungen je nach dem Zeitpunkt der Beendigung (etwa während und nach einer „Cliff“- oder „Vesting“-Periode), dem Grund des Ausscheidens („Good Leaver“- und „Bad Leaver“-Szenarien) sowie der (Un-)Entgeltlichkeit bei der ursprünglichen Einräumung von UW-Anteilen zulässig sind.⁶²⁴ Nachdem § 11 Abs 2 FlexKapGG diesbezüglich keine Vorgabe oder Bewertungsmechanismen vorsieht, sind bei der Gestaltung die allgemeinen gesellschafts-, zivil- und arbeitsrechtlichen Vorgaben zu beachten.⁶²⁵

9.3 Fazit

Für die Beteiligung von Mitarbeitern bestanden bisher sowohl nach österreichischem als auch nach deutschem Recht eine Vielzahl an verschiedenen Möglichkeiten. Dies etwa in Form einer reinen Erfolgsbeteiligung,

⁶²¹ W. Etmayer/Essenther in Rastegar/Rastegar/Rastegar, § 11 Rz 22, 23.

⁶²² Ludvik/Grabmayr, ASoK 2023, 274 (285).

⁶²³ § 11 Abs 2 FlexKapGG; ErlRV 2320 BlgNR 27. GP, 10; J. Reich-Rohrwig/Kinsky/Kurz in Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky, Rz 8.47.

⁶²⁴ Andréewitch-Wallner in Schneeweiss/Hule, § 11 Rz 20 ff.

⁶²⁵ Insb Verkürzung über die Hälfte (*laesio enormis*), Wegfall der Geschäftsgrundlage, Sittenwidrigkeitsvorgaben oder entgeltgestaltende Vorschriften wie Kollektivverträge; Ludvik, ASoK 2024, 86 (96).

einer direkten Kapitalbeteiligung oder einer schuldrechtlichen Beteiligung, die als Mischform Elemente der Erfolgs- und Kapitalbeteiligung kombiniert, jedoch ohne umfassende Mitgliederrechte einzuräumen.

Demgegenüber schafft das FlexKapGG mit den UW-Anteilen eine neuartige Anteilsklasse, bei der die Rechte der UW-Berechtigten im Vergleich zu den übrigen Gesellschaftern/innen weitgehend eingeschränkt werden können. Die Einführung dieser neuen Gesetzesgrundlage war notwendig, da sich der österreichische Gesetzgeber dazu entschieden hat, dass die Rechte von Gesellschaftern einer FlexCo (wie auch bisher bei der GmbH) nicht oder nur unter erschwerten Voraussetzungen beschränkt werden können. Dies betrifft insb das Stimmrecht, da dieses – im Gegensatz zu einer abweichenden Regelung bei der Gewinnbeteiligung – gesellschaftsvertraglich nicht zur Gänze ausgeschlossen werden kann, sondern weiterhin § 34 Abs 2 öGmbHG zur Anwendung gelangt, nach dem jedem Gesellschafter zumindest eine Stimme zukommen muss.⁶²⁶

Demgegenüber besteht nach dem dGmbHG eine vergleichsweise größere Flexibilität und Gestaltungsfreiheit, da hier insb das Stimmrecht mit Zustimmung des betroffenen Gesellschafters zur Gänze ausgeschlossen werden kann, ohne diesem einen Gewinnvorzug gewähren zu müssen. Zudem besteht – im Vergleich zu den UW-Anteilen, bei denen das Gesamtausmaß weniger als 25% des Stammkapitals betragen muss – auch keine Beschränkung der Höchstzahl stimmrechtsloser Anteile, solange zumindest ein stimmberechtigter Gesellschafter an der dGmbH beteiligt ist.⁶²⁷

Eine weitere Einschränkung ggü dem dGmbHG ergibt sich daraus, dass gewährleistet sein muss, dass UW-Berechtigte zumindest eine wertmäßige Gleichbehandlung mit den Gründungsgesellschaftern bei der Beteiligung am Bilanzgewinn und am Liquidationserlös erfahren, und dass den UW-Berechtigten das gesetzlich verankerte Mitverkaufsrecht eingeräumt werden muss.⁶²⁸

Demgegenüber besteht bei der dGmbH keine Möglichkeit, die Informationsrechte oder Beschlussbekämpfungsrechte von Gesellschaftern wie bei den UW-Berechtigten zu beschränken. Allerdings kann eine derartige Rechtsstellung im

⁶²⁶ ErlRV 2320 BlgNR 27. GP, 4.

⁶²⁷ *Lieder*, Die österreichische NZG 2024, 915 (924), Rz 68.

⁶²⁸ *Lieder*, NZG 2024, 915 (924), Rz 69.

Rahmen einer schuldrechtlichen (virtuellen) Beteiligungsform eingeräumt werden, weshalb die Übernahme der neuen UW-Anteile in das deutsche Recht aufgrund des mangelnden Bedürfnisses und dem breiten Spektrum an Beteiligungsformen von *Lieder*⁶²⁹ abgelehnt wird.

Bei der FlexCo sieht § 9 Abs 2 dritter Satz FlexKapGG eine Befreiung von der Ausfallhaftung für nicht vollständig einbezahlte Stammeinlagen anderer Gesellschafter/innen sowie für eine an andere Gesellschafter/innen gewährte Einlagenrückgewähr vor, wobei diese Ausnahme auf die eingeschränkten Mitwirkungs- und Stimmrechte der UW-Berechtigten zurückzuführen ist.⁶³⁰ Bei der dGmbH fehlen derartige Einschränkungen der Ausfallhaftung nach den zwingenden⁶³¹ (den österreichischen Bestimmungen im Wesentlichen gleichartigen) Bestimmungen der §§ 24 und 31 Abs 3 dGmbH, auch für den Fall, dass stimmrechtslose Anteile ausgegeben werden.

Die Notwendigkeit bzw Sinnhaftigkeit einer Übernahme der neugeschaffenen Regelungen zu den UW-Anteilen in das deutsche (GmbH-)Recht kann aufgrund bestimmter Ungewissheiten des Gesetzestextes bzw in der praktischen Durchführung sowie aufgrund bereits in der Praxis erprobter (schuldrechtlicher) Modelle wohl diskutiert werden. Allerdings verschaffen diese zumindest im Vergleich zur öGmbH eine größere Gestaltungsfreiheit der Unternehmen. Aufgrund der verbundenen (rechtlichen) Risiken und des regulatorischen Aufwands ist jedoch davon auszugehen, dass die Ausgabe von UW-Anteilen zumindest in näherer Zukunft (noch) nicht als brauchbare Alternative zu den herkömmlichen Mitarbeiterbeteiligungsmodellen angesehen wird. Dennoch bietet die Ausgabe von UW-Anteilen auch außerhalb der Mitarbeiterbeteiligung eine neue Form der direkten Beteiligung an der Gesellschaft und kann daher

⁶²⁹ *Lieder*, NZG 2024, 915 (924, 926), Rz 70, 82

⁶³⁰ ErlRV 2320 BlgNR 27. GP, 5.

⁶³¹ Vgl § 25 dGmbH. Der zwingende Charakter der §§ 21-24 dGmbH dient der Sicherung der Vorschriften zur Kapitalaufbringung im Gläubigerinteresse und kann bei sonstiger Nichtigkeit daher weder durch Gesellschafterbeschlüsse noch (schuldrechtliche) Vereinbarungen zwischen den Gesellschaftern oder mit der Gesellschaft ausgeschlossen oder auf andere Weise erschwert bzw umgangen werden; *Schütz* in in *Fleischer/Goette*, § 25 Rn. 1-3; 9-10.

auch für andere Investitionsmodelle⁶³² eine taugliche Alternative darstellen. Die Einführung der UW-Anteile kann daher zu einer Verbesserung von Österreichs Stellung im internationalen Rechtsformwettbewerb sowie zu einer gesteigerten Attraktivität der FlexCo als Rechtsformvariante beitragen.

In der Praxis wird es sich zeigen, ob sich aus dem Gesetz ergebende Unklarheiten für die Unternehmen in zufriedenstellender Art und Weise ausgeräumt werden können und ob es der neuen österreichischen Lösung gelingt, sich gegenüber den international etablierten und erprobten (Mitarbeiter-) Beteiligungsmodellen durchzusetzen.⁶³³

⁶³² Die Gestaltungsmöglichkeiten außerhalb der Mitarbeiterbeteiligung sind vielfältig und kann insb als Alternative zu rein vermögensrechtlichen Beteiligungen wie zB der stillen Gesellschaft eingesetzt werden. In der anwaltlichen Praxis des Autors wurde die Ausgabe von UW-Anteilen zB in Familienunternehmen oder zusätzlich zu Franchiseverträgen als Anreiz für die Franchisenehmer und deren Bindung an den Franchisegeber implementiert.

⁶³³ *Ludvik/Grabmayr, ASoK 2023, 274 (287).*

10 Abschließender Vergleich und Conclusio

Mit der Einführung der FlexCo wurde eine kreative Mischform zwischen öGmbH und öAG geschaffen, welche vom österreichischen Gesetzgeber selbst als eine moderne, flexibel gestaltbare Kapitalgesellschaft beschrieben wird, die speziell auf die Bedürfnisse von Start-Ups und innovativen Unternehmen ausgerichtet ist. Mit dem FlexKapGG wurden Gestaltungsmöglichkeiten, wie es sie bisher nur bei der öAG, jedoch nicht (oder nur in analoger Anwendungsform) auch bei öGmbH gegeben hat, nun auch für kleinere und mittlere Unternehmen in der Rechtsform einer FlexCo auf gesetzlicher Ebene zur Verfügung gestellt.

Der Aufbau der FlexCo auf das öGmbH-Recht (iSd subsidiären Anwendbarkeit nach § 1 Abs 2 FlexKapGG) hat den Vorteil, dass auf die reichen Erfahrungswerte aus bestehender Rechtsprechung und Literatur zurückgegriffen werden kann.⁶³⁴

Es stellt sich jedoch die Frage, warum sich der Gesetzgeber gegen die Novellierung des öGmbH-Rechts und für die Schaffung einer neuen Rechtsformvariante entschieden hat.⁶³⁵ Die Entscheidung gegen eine Änderung der bewährten, zum Teil alt eingesessenen Struktur der öGmbH (bspw durch Einführung einer dieser untergeordneten Rechtsformvariante) und für die Schaffung einer neuen, eigenständigen Kapitalgesellschaft dürfte insb auf die selbstgesetzte Zielsetzung, einen neuen, zukunftsorientierten Rechtsrahmen für Start-ups und andere innovative Unternehmen samt neu definierter Formulierungen, Leitbilder und Wertungen zu setzen, sowie auf den wohl erheblichen Widerstand in der österreichischen Rechtswelt im Falle einer umfassenden Novellierung des öGmbH-Rechts zurück zu führen sein.⁶³⁶

Um bestehende und anerkannte Strukturen nicht vollkommen beseitigen zu müssen, hat der sich der österreichische Gesetzgeber daher für eine Mittellösung entscheiden, in dem (ganz nach dem Motto: „*Kann im Wesentlichen dasselbe, nur mehr*“) bereits Bekanntes von der öGmbH übernommen und durch Ergänzungen aus anderen Rechtsgebieten an zeitgenössische Anforderungen angepasst wurde. Dies hat den Vorteil, dass die Rechtstrukturen der öGmbH (mit

⁶³⁴ Rastegar, Subsidiäres GmbH-Recht und Auslegung, ecolex 2023/571, 909.

⁶³⁵ So wird idZ die Schaffung einer „überflüssigen Konkurrenzsituation im Verhältnis zur GmbH“ kritisiert, siehe S. Bydlinski/Ratka/Straube in Straube/Ratka/Rauter, § 1 FlexKapGG Rz 33ff.

⁶³⁶ Rastegar, ecolex 2023/571, 909 (910).

Ausnahme der Herabsenkung des Mindeststammkapitalbetrages) unangetastet bleiben und es dem Gesetzgeber offensteht, zu einem späteren Zeitpunkt auch bei der öGmbH Änderungen zu etablieren.

Jedoch ist schon aus heutiger Sicht nicht bei jeder Neuerung (wie zB die zwingenden Beschlussquoren bei der Ausgabe von hybriden Finanzierungsinstrumenten nach § 22 Abs 1 FlexKapGG) eine entsprechende Begründung der differenzierten Behandlung zur öGmbH ersichtlich. Die neuen Gestaltungsoptionen sollten vom österreichischen Gesetzgeber daher evaluiert und auf deren Tauglichkeit sowie Rechtssicherheit geprüft werden.⁶³⁷ Anschließend sollte, wo sinnvoll, auch die (zumindest teilweise) Übernahme für die öGmbH geprüft werden.

Im Gegensatz dazu besteht mit der dGmbH eine etablierte Gesellschaftsform mit langjähriger Praxis und bewährten Mechanismen, welche zuletzt durch die Einführung der UG als Rechtsformvariante reformiert wurde. Deren Rechtsrahmen ist durch die teilweise analoge Integration von Elementen des dAktG effizient sowie rechtssicher und bieten im Vergleich zur FlexCo in manchen Bereichen mehr und in manchen weniger Gestaltungsspielraum. Zudem bestehen strengere Formvorschriften.

Die FlexCo und die dGmbH unterscheiden sich insb hinsichtlich des erforderlichen Mindeststammkapitals. Während bei der FlexCo (wie auch der öGmbH) das Mindeststammkapital auf EUR 10.000 festgelegt wurde, beträgt dieses bei der dGmbH EUR 25.000. Sohin wurde bei der FlexCo eine geringere Hürde für die Unternehmensgründung geschaffen, welche insb im internationalen Kontext zu einer verstärkten Etablierung von Start-Ups in Österreich führen kann. Andererseits bietet die dGmbH durch das höhere Stammkapital einen stärkeren Gläubigerschutz sowie eine höhere Kreditwürdigkeit, was speziell für etabliertere Unternehmen von Interesse sein kann (sofern bei der FlexCo nicht die Möglichkeit der freiwilligen Festlegung eines höheren Stammkapitals genutzt wird).

Zwar besteht mit der UG, der Sonderrechtsformvariante der dGmbH, eine Gesellschaftsform, bei der das Mindeststammkapital „nur“ EUR 1 beträgt. Allerdings liegt in der gesetzlich vorgeschriebenen Rücklage, in die ein Viertel

⁶³⁷ Vgl S. Bydlinski/Ratka/Straube in *Straube/Ratka/Rauter*, § 1 FlexKapGG Rz 36.

des um einen Verlustvortrag aus dem Vorjahr geminderten Jahresüberschusses einzustellen ist und die nur in den in § 5a Abs 3 dGmbH vorgesehenen Fällen verwendet werden darf, ein wesentlicher Nachteil ggü der FlexCo, bei der eine vergleichbare Regelung fehlt. Zudem endet die Rücklagepflicht nicht automatisch durch Zeitablauf oder wenn das Stammkapital der UG samt der gesetzlichen Rücklage die Höhe des Mindeststammkapitals der dGmbH erreicht bzw übersteigt, sondern bedarf es hierfür der Überführung zur „regulären“ dGmbH, welche durch Stammkapitalerhöhung auf den Betrag von EUR 25.000 samt Gesellschaftsvertragsänderung möglich ist und womit zusätzliche (insb Notar- und Anwalts-)Kosten verbunden sind.

Bei beiden Gesellschaftsformen sind bei der Gründung bzw bei einer späteren Kapitalerhöhung sowohl Bar- als auch Sacheinlagen zulässig. Sonderbestimmungen betreffend die Volleinzahlungspflicht von übernommenen Bareinlagen und dem Verbot von Sacheinlagen finden sich bei dGmbH in Hinblick auf die UG und bei der FlexCo bei der Übernahme von UW-Anteilen.

Ein für die Kapitalbeschaffung nicht zu unterschätzender Unterschied besteht in der Möglichkeit bei der FlexCo, neben dem genehmigten Kapital auch bedingte sowie genehmigte bedingte Kapitalerhöhungen nutzen zu können, wodurch eine größere Flexibilität in der Kapitalbeschaffung sowie Rechtssicherheit für Investoren/innen geschaffen wird. Dies bietet schnell wachsenden Unternehmen eine attraktive Alternative, um rasch und ohne Zusatzkosten Kapital, insb über die Ausgabe von sonstigen Finanzierungsinstrumenten, aufnehmen zu können. Aus diesem Grund wird in der deutschen Literatur speziell die Einführung des bedingten Kapitals auch für die dGmbHG (wenngleich sich diese nach *Lieder* am dAktG orientieren sollte) befürwortet.⁶³⁸

Des Weiteren finden sich im FlexKapGG detaillierte Regelungen zur Aufnahme von hybriden Finanzierungsinstrumenten. Das dGmbHG kann diese nur durch analoge Anwendung des Aktienrechts bzw durch Abschluss dreipersonaler, schuldrechtlicher Vereinbarungen ausgeben und steht damit sowohl bei der Durchführung als auch deren Besicherung vor größeren Herausforderungen.

Die Vorschriften zu den Geschäftsanteilen ähneln sich bei beiden Gesellschaftsformen, wenngleich es insb Unterschiede bei der Höhe des

⁶³⁸ *Lieder*, NZG 2024, 915 (926), Rz 79; *Fleischer/Pendl*, GmbHR 2024, 174 (186), Rz 49.

mindestens einzuzahlenden Stammkapitals im Falle einer Bareinlage gibt (FlexCo: EUR 5.000; dGmbH: EUR 12.500; UG: Volleinzahlung bis zur Kapitalerhöhung auf EUR 25.000). Auch hierin besteht bei der FlexCo eine Erleichterung für Unternehmensgründungen, welche insb jungen Unternehmen zugutekommt.

Bei beiden Rechtsformen besteht die Möglichkeit, Geschäftsanteile (bzw bei der FlexCo auch UW-Anteile) in verschiedenen Gattungen und Stückelungen auszugeben und getrennt über diese zu verfügen, was eine differenzierte Beteiligung von Investoren ermöglicht. Vorteile bestehen bei der dGmbH in Bezug auf die Freiheit bei der Gestaltung der Rechte von einzelnen Anteilsklassen, da im Gegensatz zur FlexCo auch stimmrechtslose Anteile ausgegeben werden können. Allerdings wurde bei der FlexCo mit dem UW-Anteil eine neuartige Spezialbeteiligungsform eingeführt, der nur eingeschränkte Mitgliederrechte (UW-Berechtigten kommt etwa nur in gewissen Fällen ein Zustimmungsrecht, jedoch kein allgemeines Stimmrecht zu) eingeräumt wird.

Die dGmbH bietet zwar mehrere Anpassungsmöglichkeiten in Hinblick auf die Gestaltung ihrer Geschäftsanteile, erfordert jedoch häufig strengere Formalitäten und ist stark durch die Vorgaben des Handelsregisters und die notariellen Beurkundungserfordernisse geprägt. Demgegenüber wurde bei der FlexCo durch die neuen Formvorschriften bei der Übernahme von neu ausgegebenen oder im Zuge einer (Verpflichtung zur⁶³⁹) Abtretung übertragenen Geschäftsanteilen in Form der anwaltlichen oder notariellen Privaturkunde eine Erleichterung geschaffen, die zu einem geringeren Aufwand in der Abwicklung führen soll. Die Implementierung dieser neuen Beurkundungsform in das dGmbHG wird von der Literatur mit Verweis auf die Unterschiede des österreichischen und deutschen Rechtssystems zwar abgelehnt. Allerdings können sich in der Praxis wegen der unterschiedlichen Beurkundungssysteme und Zuständigkeiten bei der anschließenden Eintragung in das österreichische

⁶³⁹ § 12 Abs 1 FlexKapGG führt zwar ausdrücklich nur die Rechtsgeschäfte betreffende die Übertragung von Geschäftsanteilen an. Durch den Verweis auf § 76 Abs 2 öGmbHG sind hiervon aber auch Vereinbarungen über die Verpflichtung eines Gesellschafters zur künftigen Abtretung eines Geschäftsanteiles (wie zB Optionen, Vorkaufs- und andere Aufgriffsrechte) umfasst; siehe *Rastegar* in *Rastegar/Rastegar/Rastegar*, FlexKapGG-ON^{1.00} § 12 Rz 14.

Firmenbuch bzw das deutsche Handelsregister Kostenersparnisse und damit Vorteile für die FlexCo ergeben.

Mit den UW-Anteilen wurde zudem eine neue korporative Beteiligungsform entwickelt, die insb (aber nicht ausschließlich) der Schaffung einer neuen Art der Mitarbeiterbeteiligung dienen soll. UW-Anteile gewähren den UW-Berechtigten Beteiligungen am Unternehmenserfolg und/oder -substanzwert, ohne ihnen umfassende Gesellschafterrechte einzuräumen. Diese neue Art der Gesellschaftsbeteiligung kann insbesondere für Start-ups attraktiv sein, die ihre Mitarbeiter an das Unternehmen binden möchten, ohne gleichzeitig die Kontrolle über das Unternehmen teilen zu müssen. Im deutschen Recht existiert kein vergleichbares Instrument, wodurch Unternehmen dort auf traditionelle Beteiligungsformen oder schuldrechtliche Konstrukte zurückgreifen müssen. Hieraus muss sich jedoch aufgrund der unterschiedlichen rechtlichen Rahmenbedingungen nicht unbedingt eine geringere Flexibilität ergeben. Vielmehr wird erst die zukünftige Praxis zeigen, ob sich UW-Anteile als neue Form der Mitarbeiterbeteiligung gegen die international etablierten Beteiligungsmodelle durchsetzen kann.

Beide Gesellschaftsformen verbindet bestimmte Vor- und Nachteile, die je nach den spezifischen Bedürfnissen des Unternehmens abzuwägen sind. Die FlexCo bietet durch ihre variabel umsetzbaren Regelungen in Bezug auf Stammkapital, Kapitalerhöhungen, Geschäftsanteile und Mitarbeiterbeteiligungen zum Teil neuartige Anreize für Start-Ups und schnell wachsende Unternehmen. Sie ermöglicht eine anpassungsfähige und effiziente Struktur, die, je nach unterschiedlicher Zielsetzung und Strategie der Unternehmen, sowohl für Kleinst- und mittelständische Betriebe als auch für kapitalmarktorientierte Unternehmen einen geeigneten Rechtsrahmen bieten kann.

Demgegenüber bietet die dGmbH durch ihre etablierten und erprobten Mechanismen eine hohe Rechtssicherheit und flexible Gestaltungsspielraum, was sowohl für traditionelle und bereits etabliertere Unternehmen als auch für Start-ups von Interesse sein kann.

Die FlexCo bietet zwar eine innovative und flexible Alternative zu den in Österreich und Deutschland etablierten Gesellschaftsformen, deren Praxistauglichkeit muss allerdings noch erprobt werden. Die neu geschaffenen, innovativen Ansätze sind grds positiv zu bewerten, kann aufgrund der gewählten

Gestaltungsvariante (neue Rechtsform anstelle von Rechtsformvariante zur öGmbH) aber auch zu Herausforderungen in Bezug auf Rechtssicherheit und die kohärente Entwicklung des Gesellschaftsrechts führen.

Letztlich wird die Wahl der Gesellschaftsform stark von der Ausrichtung der Gesellschaft, den Wünschen der Gesellschafter sowie den jeweiligen Vorteilen abhängen, die sich aus einer (der Zielsetzung und den Rahmen dieser Arbeit übersteigenden) Gegenüberstellung des österreichischen und deutschen (insb Arbeits- und Steuer-)Rechts ergeben.

In einer Gesamtbetrachtung ergeben sich durch die Einführung der FlexCo für die anwaltliche Beratungspraxis des Autors jedenfalls spannende und zu begrüßende Gestaltungsoptionen, die es ermöglichen, Mandanten neue Perspektiven und erweiterte Handlungsspielräume bei der Unternehmensstrukturierung aufzuzeigen.

Literaturverzeichnis

Aufsätze:

- Arnold*, Vergleich der FlexCo mit der GmbH und der AG, GesRZ 2024, 32
- Aubrunner/Fürst*, Unternehmenswertanteile der FlexCo, GesRZ 2023, 359
- Auer*, Reform des Gesellschaftsrechts: Formpflicht bei der GmbH, NZ 2021/141, 522
- Bydlinski*, Von der Austrian Limited zur FlexCo, ÖJZ 2023, 884
- Dilenge*, Die FlexKap in Österreich: Ein Wegweiser für Deutschland? IWRZ 2023, 107
- Dollenz/Jaritz*, Mezzaninfinanzierung bei der FlexCo, GesRZ 2024, 24
- Eckert/Sternig*, Unternehmenswertanteile, ecolex 2023/573, 917
- Fox/Hüttche/Lechner*, Mitarbeiterbeteiligung an der GmbH, GmbHR 2000, 521
- Fleischer/Pendl*, Die Flexible Kapitalgesellschaft als österreichische Rechtsformneuschöpfung: Genese - Grundlagen - Gesamtwürdigung, GmbHR 2024, 174-187
- Fritz*, Eine neue Rechtsform in Österreich: Die Flexible Kapitalgesellschaft - ein praxisnaher Überblick aus österreichischer Sicht, GmbHR 2024, 169-174
- Geroldinger/Miedler*, Zur Liberalisierung von Formvorschriften im Kapitalgesellschaftsrecht (§ 12 FlexKapGG), RdW 2023/474, 647
- Hartlieb*, Hybride Finanzierung von Flexiblen Kapitalgesellschaften, ÖJZ 2023, 918
- Hartlieb/Hartlieb*, Zur Form der Bevollmächtigung bei der FlexCo-Geschäftsanteilsübertragung, ecolex 2024/544, 951
- Heckschen/Glombik*, Erscheinungsformen der Mitarbeiterbeteiligung an der GmbH, GmbHR 2013, 841
- Heckschen/Glombik*, Unmittelbare oder mittelbare Beteiligung des Mitarbeiters an einer GmbH – Gestaltungsfragen, GmbHR 2013, 1009
- Heinrich-Pendl/Pendl*, „Flexible Kapitalgesellschaft“ - Entwurf einer Start-up-Rechtsform für Österreich, GmbHR 2023, R224-R226
- Hofert/Arends*, Mezzanine-Finanzierung der GmbH, GmbHR 2005, 1381-1386
- Kinsky/Kurz*, Finanzierungsrunden bei der Flexiblen Kapitalgesellschaft, ecolex 2023/572, 912

- Hekele/Durstberger*, Erleichterungen bei Anteilsübertragungen durch das FlexKapGG? - Anwaltsurkunde und Interessenkonflikt, *ecolex* 2023, 1022
- Lieder*, Die österreichische Flexible Kapitalgesellschaft – Kein Vorbild für Deutschland, *NZG* 2024, 915
- Ludvik*, Mitarbeiterbeteiligungen unter Berücksichtigung der Flexiblen Kapitalgesellschaft (Unternehmenswertanteil), *ASoK* 2024, 86
- Ludvik/Grabmayr*, Beteiligung von Mitarbeitern an der Flexiblen Kapitalgesellschaft, *ASoK* 2023, 274
- Ludvik/Grabmayr*, Die flexible Kapitalgesellschaft, *SWK* 26/2023, 1015
- Mohr*, Ausgestaltung von Mitarbeiterbeteiligungen bei GmbH, *GmbH-StB* 2005, 305
- Neumann/Rombold*, FlexKapG und Start-Up-Förderungsgesetz aus Arbeitnehmerperspektive, *ÖStZ* 2024, 177
- Novak/Aspalter*, Was bringt die neue Start-Up-Mitarbeiterbeteiligung nach § 67a EStG? *ecolex* 2023, 923
- Oberlechner*, Wichtige Neuerungen für innovative Unternehmen: Start-up Förderungsgesetz und Gesellschaftsrechts-Änderungsgesetz 2023, *GES* 2023, 211
- Rastegar*, Subsidiäres GmbH-Recht und Auslegung, *ecolex* 2023/571, 909
- Rieder*, Der Ministerialentwurf zur Einführung der Flexiblen Kapitalgesellschaft (GesRÄG 2023), *RdW* 2023, 464
- Rizzi/Ringhofer*, Die neue Gesellschaftsform der FlexKapG, *ÖJZ* 2023, 891
- Rupp*, Möglichkeiten der Mitarbeiterbeteiligung, *EStB* 2006, 192
- Rüffler*, Stellungnahme GesRÄG 2013
- Salnikow*, Start-up-Förderungsgesetz 2023: Die neue Start-upMitarbeiterbeteiligung, *taxlex* 2023, 288
- Schönhaar*, Ausgestaltung von virtuellen Mitarbeiterbeteiligungsprogrammen, *GWR* 2017, 293
- Steiner*, Zum Entwurf einer Flexiblen Kapitalgesellschaft - wirtschaftliche Parameter, Individual- und Minderheitenrechte, *Steiner*, Zum Entwurf einer Flexiblen Kapitalgesellschaft - wirtschaftliche Parameter, Individual- und Minderheitenrechte, *GES* 2023, 216

Told, Die FlexCo im Spannungsfeld multipler Gesellschafterkategorien, ÖJZ 2023, 897

Told, GASTEDITORIAL, ÖJZ 2023, 881

Trenker, Gläubigerschutz und Insolvenz der FlexCo, ZIK 2024/43, 48

Weitnauer, Manager- und Mitarbeiterbeteiligungsmodelle (Teil 1): Strukturen und Ausgestaltung, GWR 2023, 111

Werdnik, Der Gesetzesentwurf zur Flexiblen Kapitalgesellschaft, Aufsichtsrataktuell 2023, 103

Zollner, Das Mitverkaufsrecht der Unternehmenswertbeteiligten, ÖJZ 2023, 904

Monografien, Diplomarbeiten, Lehr- und Handbücher, Kommentare:

Altmeppen, GmbHG¹¹

Artmann/Karollus, AktG III⁶ (Stand 1.4.2019, rdb.at)

Aumüllner/Verweijen, FlexKapGG und Start-Up-FörderungsG (Stand Juli 2024, 360.lexisnexis.at)

Bork/Schäfer, GmbHG⁵

Centrale für GmbH Dr. Otto Schmidt, GmbH-Handbuch, 189. Lieferung, 7/2024

Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ (Stand 1.6.2021, rdb.at)

Eckert/Schopper, AktG-ON^{1.00} (Stand 1.7.2021, rdb.at)

Fleischer/Goette, Münchener Kommentar zum GmbHG⁴, C.H. Beck (2022)

Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer (F/A/H), GmbHG²

Goette/Habersack/Kalss, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz⁵, C.H. Beck (2021)

Kalss/Eckert, Zentrale Fragen des GmbH-Rechts, 2005

Koppensteiner/Rüffler, GmbHG: Kommentar³ (Stand Juli 2007, 360.lexisnexis.at)

Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz Kommentar²¹

Noack/Servatius/Haas, GmbH-Gesetz²³, C.H. Beck (2022)

Napokoj/Foglar-Deinhardstein/Pelinka, AktG: Praxiskommentar (2019)

Reich-Rohrwig/Kinsky/Kraus, Austrian Limited: Eine Start-up freundliche neue Rechtsform (2021)

Rastegar/Rastegar/Rastegar, FlexKapGG-ON^{1.00} (Stand 1.1.2024, rdb.at)

Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky, Flexible Kapitalgesellschaft (Stand 7.1.2024, rdb.at)

Schneeweiss/Hule, FlexKapGG: Praxiskommentar (Stand Dezember 2023,
360.lexisnexus.at)

Scholz, Kommentar zum GmbH-Gesetz^{12/13}

Straube/Ratka/Rauter, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz
(Stand 1.3.2024, rdb.at)