

1. Einleitende Bemerkungen zur FlexCo

Christian Zwick

1.1. Die FlexCo als neue Rechtsform in Österreich

Österreich hat seit dem 1.1.2024 eine neue Rechtsform, die sog Flexible Kapitalgesellschaft, kurz „FlexCo“ oder „FlexKapG“. Seit vielen Jahren kam vor allem aus der Start-up-Branche der Ruf nach einer neuen Rechtsform. Mit der FlexCo sollen wesentliche Forderungen der Start-up-Community umgesetzt werden.

Vorausgegangen waren jahrelange Diskussionen zwischen Befürwortern und Gegnern. Sieht man sich die Stellungnahmen und öffentlichen Äußerungen seit der Vorstellung der FlexCo an, fällt auf, dass diese kontrovers sind. Die FlexCo regt offenbar auf. Wird über die neue Rechtsform gesprochen, ist meist auch die GmbH nicht weit. Die GmbH ist die Rechtsform, welche von den meisten Start-ups und auch dem Großteil anderer Wirtschaftstreibender bisher als Rechtsform gewählt wurde. Die GmbH sei nicht mehr zeitgemäß und nicht mehr für die vielfältigen Bedürfnisse der Gründerszene geeignet, hört man von manchen. Als in Österreich im Jahr 1907 die GmbH eingeführt wurde, wurde ganz ähnlich argumentiert. Den Begriff „Start-up“ gab es freilich noch nicht, die GmbH sollte aber damals vor allem kleineren Unternehmen offenstehen, für welche die Rechtsform der AG ungeeignet, zu schwerfällig erschien. Seitdem hat die GmbH ihren Siegeszug angetreten, sie ist heute die beliebteste Rechtsform in Österreich mit etwa 189.000 registrierten GmbHs im Firmenbuch (Stichtag 31.12.2022). Ob das der FlexCo 115 Jahre später auch gelingen wird? Das darf bezweifelt werden. Die FlexCo wird sich aber ihren Marktanteil vor allem bei Neugründern (zu Lasten der GmbH) sichern. Wie hoch ihr Marktanteil sein wird, wird sich zeigen.

Bei den Diskussionen der letzten Jahre gab es drei Stoßrichtungen. Die einen meinten, die derzeitige Rechtslage sei ausreichend. Andere meinten, das bestehende GmbH-Recht sei zu modernisieren bzw für Gründer flexibler zu gestalten. Wieder andere wollten eine völlig neue Rechtsform. Interessant ist, dass sich eigentlich gar keine dieser drei Meinungen durchgesetzt hat, sondern es anders gekommen ist: Die FlexCo, wie sie nun besteht, ist zwar formal gesehen eine neue eigenständige Rechtsform. Sie funktioniert aber weitestgehend wie eine GmbH. Dieses Ergebnis war zuletzt angesichts der unterschiedlichen Interessen, die während der Gesetzeswerdung verfolgt wurden, erwartbar gewesen. Die neuen Möglichkeiten der FlexCo auch im GmbH-Recht vorzusehen und sie allen 190.000 GmbHs zu eröffnen, war politisch nicht machbar, diesbezüglich gab es zu viel Widerstand. Auf der anderen Seite gab es Akteure, die zumindest nach außen hin eine neue Rechtsform präsentieren wollten. Das Ergebnis ist daher das bekannte: Wir haben es formal mit einer neuen Rechtsform zu tun, inhaltlich ist man versucht zu sagen, ist es aber doch eine „GmbH“ geworden, mit einigen Abweichungen zum GmbHG-Gesetz.

2.3.3. Abschluss des Gesellschaftsvertrags

Die Gründer der FlexCo haben einen Gesellschaftsvertrag abzuschließen. Sieht man von der Möglichkeit der vereinfachten Gründung für Ein-Personen-Gesellschaften ab (siehe dazu Kapitel 2.4.), ist dafür die Errichtung eines Notariatsakts erforderlich (§ 4 Abs 3 GmbHG iVm § 1 Abs 2). Anders als bei Anteilsübertragungen und der Übernahme von neuen Anteilen anlässlich einer Kapitalerhöhung (siehe dazu Kapitel 6.4.1.1. und 8.4.1.2.) gibt es also für die Gründung der FlexCo keine Formerleichterungen.

Beim Abschluss des Gesellschaftsvertrags kann sich der Gesellschafter vertreten lassen. Dafür ist eine notariell beglaubigte Spezialvollmacht erforderlich (§ 4 Abs 3 GmbHG iVm § 1 Abs 2).

Zum Inhalt des Gesellschaftsvertrags siehe Kapitel 3.4. und 3.5.

2.3.4. Bestellung der ersten Geschäftsführer

Bei der Gründung einer FlexCo sind zwingend ein oder mehrere Geschäftsführer zu bestellen (§ 3 Abs 1 Z 2 GmbHG iVm § 1 Abs 2).³² Die Bestellung kann bereits im Gesellschaftsvertrag erfolgen, wenn Gesellschafter zu Geschäftsführern ernannt werden sollen (sog „geschäftsführende Gesellschafter“). Dies ist für die Dauer ihrer Gesellschafterstellung möglich.³³ Werden Fremdgeschäftsführer bestellt, also nicht an der Gesellschaft beteiligte Personen, müssen diese nach Abschluss des Gesellschaftsvertrags durch Beschluss der Gesellschafter bestellt werden.³⁴ Für den Bestellungsbeschluss ist eine Mehrheit der abgegebenen Stimmen erforderlich.³⁵

Von der Bestellung des im Firmenbuch eingetragenen Geschäftsführers der FlexCo ist der „gewerberechtliche Geschäftsführer“ zu unterscheiden. Die FlexCo hat einen gewerberechtlichen Geschäftsführer (§ 9 iVm § 39 GewO) zu bestellen, wenn sie gewerblich tätig ist. Dieser ist vom im Firmenbuch eingetragenen Geschäftsführer („handelsrechtlicher Geschäftsführer“) zu unterscheiden. Nur der im Firmenbuch eingetragene Geschäftsführer ist vertretungsbefugt. Der im Firmenbuch eingetragene Geschäftsführer kann auch gleichzeitig gewerberechtlicher Geschäftsführer sein.

2.3.5. Eröffnung eines Bankkontos

Nachdem der Gesellschaftsvertrag (bzw die Errichtungserklärung) abgeschlossen wurde und die Geschäftsführer bestellt sind, können die Geschäftsführer ein Gesellschaftskonto bei einer inländischen Bank eröffnen. Das Konto lautet auf die

32 Rohregger/Kudrna in Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer, GmbHG § 15 Rz 6.

33 Gassner/Zwick, GmbH 79.

34 Fritz/Scharf/Siess, Die GmbH in der Praxis³ (2019) Rz 613.

35 Fritz/Scharf/Siess, Die GmbH in der Praxis³ Rz 691.

3. Gesellschaftsvertrag

Mona Holzgruber

3.1. Rechtsnatur

Die FlexCo wird mangels spezieller Vorschriften im FlexKapGG⁵³ wie die GmbH durch den Abschluss eines Gesellschaftsvertrags errichtet. Bei Gründung durch einen einzigen Gesellschafter wird der Gesellschaftsvertrag als Errichtungserklärung bezeichnet. In der Praxis finden sich häufig auch die Begriffe „Satzung“ oder „Verfassung“ der Gesellschaft.⁵⁴

Der Gesellschaftsvertrag erfüllt unterschiedliche Funktionen. Er regelt die schuldrechtlichen Beziehungen der Gesellschafter untereinander sowie die Organisation der Gesellschaft und die Beziehung zwischen dieser und den Gesellschaftern. Mit Abschluss des Gesellschaftsvertrags (und der Eintragung im Firmenbuch) entsteht die juristische Person.

Eine Errichtungserklärung regelt nur die Rechte und Pflichten des einzigen Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft und deren Organisation.⁵⁵

Als Verfassung der Gesellschaft bindet der Gesellschaftsvertrag auch künftige Gesellschafter der FlexCo. Ein ausdrücklicher Beitritt oder gesonderter Vertrag mit neuen Gesellschaftern ist dazu nicht erforderlich, vielmehr unterliegen neue Gesellschafter ab dem Zeitpunkt der Übernahme des Geschäftsanteils dem Gesellschaftsvertrag in der geltenden Fassung.⁵⁶ Daraus folgt, dass Gesellschaftsverträge grundsätzlich objektiv anzulegen sind.⁵⁷

3.2. Formvorschriften

Der Gesellschaftsvertrag der FlexCo ist von den Gründungsgesellschaftern gem § 4 Abs 3 GmbHG iVm § 1 Abs 2 als Notariatsakt abzuschließen. Die Flexibilisierung der Formvorschriften, die § 12 für die Übertragung von Anteilen an der FlexCo vorsieht, ist mangels ausdrücklicher Regelung nicht auf den Gesellschaftsvertrag anwendbar und der Gesellschaftsvertrag der FlexCo unterliegt daher denselben Formvorschriften wie jener der GmbH. Der Zweck der Formvorschrift liegt ua in Beweissicherungspflichten, dem Schutz der Gesellschafter durch die Beratungs- und Belehrungspflichten des Notars sowie insgesamt in der Förderung der Rechtssicherheit.⁵⁸

53 § 1 Abs 2 sieht vor, dass mangels abweichender Regelungen im FlexKapGG subsidiär GmbH-Recht anzuwenden ist.

54 Feltl/Aicher in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 3 Rz 15 (Stand 1.11.2018, rdb.at); Gassner/Zwick, GmbH 92.

55 Szoka in Folgar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer, GmbHG § 3 Rz 10.

56 Szoka in Folgar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer, GmbHG § 3 Rz 9.

57 Gassner/Zwick, GmbH 94; Feltl/Aicher in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 3 Rz 22.

58 Gassner/Zwick, GmbH 95.

5.1.3. Kompetenzen

5.1.3.1. Geschäftsführung

Den Geschäftsführern obliegt die Geschäftsführung. Die Geschäftsführung umfasst sämtliche Maßnahmen, die für die Verfolgung des Gesellschaftszwecks notwendig sind. Grenzen der Geschäftsführungsbefugnis ergeben sich aus Gesellschaftsvertrag, Unternehmensgegenstand, Weisungen der Generalversammlung, Zustimmungspflichten eines etwaigen Aufsichtsrats und anderer Organe. Auch im Anstellungsvertrag können Beschränkungen vereinbart werden. Bei ungewöhnlichen Maßnahmen ist in aller Regel die Zustimmung der Generalversammlung oder (sofern vorhanden) des Aufsichtsrats einzuholen.

Aus dem GmbHG ist abzuleiten, dass die Geschäftsführer die Grundsätze der Geschäftspolitik formulieren und diese vom Aufsichtsrat oder (falls ein solcher nicht vorhanden ist) von den Gesellschaftern genehmigen lassen müssen.¹⁵³ Grundlagengeschäfte (vor allem die faktische Änderung des Unternehmensgegenstands) fallen immer in die Zuständigkeit der Generalversammlung.

Unabhängig von der Vertretungsberechtigung kann im Gesellschaftsvertrag die Geschäftsführungsbefugnis in großem Umfang geregelt werden. **Einzelgeschäftsführungsbefugnis** kann allen oder einzelnen Geschäftsführern erteilt werden. Wurde sie allen Geschäftsführern eingeräumt, muss die Handlung bei Widerspruch eines Geschäftsführers gem § 21 Abs 2 GmbHG iVm § 1 Abs 2 unterbleiben, nach hM ist ein fehlender Widerspruch als Zustimmung zu werten.¹⁵⁴ Auch hier herrscht Regelungsfreiheit, weswegen das gesetzliche Widerspruchsrecht modifiziert oder beseitigt werden und auch die Geschäftsführungsbefugnis im Gesellschaftsvertrag angepasst werden kann. Lediglich der gänzliche Ausschluss eines Geschäftsführers von der Geschäftsführungsbefugnis ist unwirksam.¹⁵⁵

Im Gesellschaftsvertrag kann eine Aufgabenverteilung vorgesehen werden (**Ressortverteilung**). Dann ist die Verantwortung der einzelnen Geschäftsführer auf die ihnen jeweils zugeteilten Arbeitsbereiche beschränkt, dies mit Ausnahme jener Bereiche, für die zwingend Gesamtverantwortung vorgeschrieben ist. Diesbezüglich kann die Verantwortung nicht abgegeben und auf andere überwält werden, zB bei der Erstellung des Jahresabschlusses.¹⁵⁶ Trotz Aufgabenverteilung trifft jeden Geschäftsführer jedoch eine generelle **Überwachungspflicht** für die anderen Ressorts, der zufolge jeder Geschäftsführer zur aktiven Informationseinholung verpflichtet ist. Das dient vor allem der ständigen Kontrolle und Kenntnis über die Vermögenslage und den Zustand der FlexCo, damit eine drohende Unternehmenskrise rechtzeitig erkannt und zügig Gegenmaßnahmen eingeleitet werden können.¹⁵⁷

153 Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht² Rz 4/177 f.

154 Arnold/Pampel in Gruber/Harrer, GmbHG² § 21 Rz 12 mwN; Umfahrer, GmbH⁷ Rz 4.86.

155 Umfahrer, GmbH⁷ Rz 4.86 ff.

156 Umfahrer, GmbH⁷ Rz 4.87.

157 Umfahrer, GmbH⁷ Rz 4.87.

5.1.7. Arbeitsrechtliche Aspekte der Geschäftsführeranstellung

Angelika Pallwein-Prettner/Inka Eßl

5.1.7.1. Einleitung/Allgemeine Erläuterungen

Das FlexKapGG enthält keine Regelungen iZm der Anstellung des Geschäftsführers. Es kommen vielmehr aufgrund eines Generalverweises in § 1 Abs 2 gänzlich die auf den GmbH-Geschäftsführer anzuwendenden arbeitsrechtlichen Bestimmungen zur Anwendung.

Ob im Einzelfall arbeitsrechtliche Bestimmungen auf den GmbH-Geschäftsführer anzuwenden sind, ist abhängig vom Vorliegen einer Arbeitnehmereigenschaft des Geschäftsführers. Relevant ist hierbei die Weisungsunterworfenheit des Geschäftsführers. Fremd-Geschäftsführer sind idR als echte Arbeitnehmer zu qualifizieren. Bei Gesellschafter-Geschäftsführern wird in der Praxis auf die jeweilige Beteiligung an der Gesellschaft abgestellt.²¹⁸ Grundsätzlich gilt, dass ein Gesellschafter-Geschäftsführer dann nicht mehr als echter Arbeitnehmer zu qualifizieren ist, wenn ihm eine Gesellschaftsbeteiligung von 50 % zukommt oder er sonst über eine Sperrminorität verfügt und daher Weisungen der Generalversammlung ihm gegenüber verhindern kann.

5.1.7.1.1. Anwendbarkeit arbeitsrechtlicher Normen

Wird die Qualifikation eines Geschäftsführers als Arbeitnehmer bejaht, so zieht dies die Anwendbarkeit bestimmter arbeitsrechtlicher Normen nach sich. Nicht alle arbeitsrechtlichen Normen finden auf Geschäftsführer Anwendung. IdR finden die Bestimmungen des Arbeitszeitgesetzes (AZG) sowie des Arbeitsruhegesetzes (ARG) keine Anwendung, da deren Anwendungsbereich leitende Angestellte oder sonstige Angestellte, deren gesamte Arbeitszeit aufgrund der besonderen Merkmale der Tätigkeit entweder nicht gemessen oder im Voraus festgelegt wird oder vom Angestellten hinsichtlich Dauer und Lage selbst festgelegt werden kann, ausnimmt.²¹⁹ Anwendbar sind hingegen – neben den nachstehend näher erläuterten Gesetzen – das Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz (ASGG), das Ausländerbeschäftigungsgesetz (AuslBG), das Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG), das Urlaubsgesetz (UrlG) sowie das Behinderteneinstellungsgesetz (BEinstG), wobei diese Aufzählung nicht taxativer Natur ist.²²⁰

5.1.7.1.1.1. Angestelltengesetz²²¹ (AngG)

Der Geschäftsführer ist idR vom Anwendungsbereich des AngG umfasst, da er in seiner Tätigkeit regelmäßig kaufmännischen oder höheren, nicht kaufmännischen

²¹⁸ Neumayr in Gruber/Harrer, GmbHG² Anhang § 15 Rz 11 ff.

²¹⁹ Auer-Mayer in Auer-Mayer/Felten/Pfeil, AZG⁴ § 1 Rz 33.

²²⁰ Ratka/Stöger/Straube/Völkl in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 15 Rz 103 (Stand 1.8.2020, rdb.at).

²²¹ Angestelltengesetz BGBl 1921/292.

Da Unternehmenswert-Beteiligte von der Teilhabe an der Willensbildung der Gesellschaft weitestgehend ausgeschlossen sind, soll auch das mit der Unternehmenswert-Beteiligung verbundene Risiko möglichst gering sein.³⁷⁹ Die Stammeinlage ist deshalb bereits bei der Übernahme eines Unternehmenswert-Anteils in voller Höhe zu leisten (Volleinzahlungsgebot), wodurch eine spätere Inanspruchnahme von Unternehmenswert-Beteiligten (zB im Insolvenzfall durch den Masseverwalter) nicht in Betracht kommt (§ 9 Abs 2).³⁸⁰ Kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung sind Unternehmenswert-Beteiligte darüber hinaus von der Verpflichtung zur Leistung von Nachschüssen iSd § 72 GmbHG ausgenommen und haften auch nicht für bei anderen Gesellschaftern uneinbringliche oder an diese zurückgewährte Stammeinlagen iSd § 70 Abs 1 und 2 bzw § 83 Abs 2 und 3 GmbHG (Ausfallhaftung).

Allerdings haben Unternehmenswert-Beteiligte bei Kapitalerhöhungen kein Bezugsrecht (Vorrecht zur Übernahme der neuen Stammeinlage) und können dementsprechend bei späteren Finanzierungsrunden verwässert werden. Ein solches Recht kann ihnen aber im Gesellschaftsvertrag eingeräumt werden (§ 9 Abs 2).

6.2.2.3. Firmenbuchrechtliche Offenlegungspflichten und Anteilsbuch

Während bei gewöhnlichen Geschäftsanteilen bei der FlexCo jede Änderung im Stande der Gesellschafter und somit jede Anteilsübertragung zum Firmenbuch anzumelden und offenzulegen ist, bestehen bei der FlexCo dahingehend für Unternehmenswert-Anteile weitreichende Erleichterungen. So ist eine individuelle Eintragung der einzelnen Unternehmenswert-Beteiligten gesetzlich nicht vorgesehen. Stattdessen sind im Firmenbuch lediglich der Umstand, dass es Unternehmenswert-Anteile gibt, die Summe der insgesamt darauf entfallenden Stammeinlagen sowie die – wegen des Volleinzahlungsgebots zwangsläufig gleich hohe – Summe der darauf geleisteten Einzahlungen offenzulegen (§ 9 Abs 6).

Eine Eintragung im Firmenbuch könnte dementsprechend wie folgt lauten:

GESELLSCHAFTER	STAMMEINLAGE	HIERAUF GELEISTET
...	...	...
Unternehmenswert-Anteile	EUR 5.000,-	EUR 5.000,-

In Ermangelung einer individuellen Eintragung der Unternehmenswert-Beteiligten im Firmenbuch bedarf es einer anderen Form der Dokumentation und Erfassung dieser Unternehmenswert-Beteiligten. Daher haben die Geschäftsführer der Gesellschaft bei der Ausgabe von Unternehmenswert-Anteilen ein Anteilsbuch

³⁷⁹ ErlRV 2320 BlgNR 27. GP, 5.

³⁸⁰ ErlRV 2320 BlgNR 27. GP, 5.

7. Rechtsstellung der Gesellschafter

Simona Shpilsky/Johanna Müller

7.1. Allgemeines

Für die Rechtsstellung der Gesellschafter einer FlexCo sind weitgehend die Bestimmungen des GmbHG relevant (§ 1 Abs 2). Das FlexKapGG regelt nur wenige Besonderheiten.

Die speziellen neuen Regelungen, welche das FlexKapGG zusätzlich zum GmbHG kennt, werden in den jeweiligen Kapiteln behandelt. Hier wird nur allgemein auf die sonstigen Gesellschafterrechte eingegangen. Insb zur bedingten Kapitalerhöhung siehe Kapitel 8.4.1.4., zum genehmigten Kapital siehe Kapitel 8.4.1.5.

In der Folge wird nur auf die Rechte der (vollwertigen) Gesellschafter der FlexCo eingegangen. Die Rechte der Inhaber von Unternehmenswert-Anteilen, der sog Unternehmenswert-Beteiligten (§ 9), werden hingegen in Kapitel 6.2.2. behandelt.

7.2. Rechte der Gesellschafter

7.2.1. Allgemeines

Die Rechte der Gesellschafter werden in Vermögens- und Verwaltungsrechte unterteilt.⁴⁵⁵ Daneben gibt es auch weitere allgemeine Mitgliedschaftsrechte.

Die Rechte der Gesellschafter können – wie es die gesetzliche Ausgangslage ist – „gleich“ zwischen den Gesellschaftern verteilt sein oder es können im Gesellschaftsvertrag einzelnen Gesellschaftern oder einer Gruppe von Gesellschaftern bestimmte Vorteile (oft spricht man von Sonderrechten) eingeräumt werden. Gesellschafter müssen grundsätzlich nicht gleich behandelt werden, sondern können sich im Gesellschaftsvertrag unterschiedlichen Regelungen unterwerfen. Lediglich eine nachträgliche Ungleichbehandlung durch Gesellschafterbeschluss oder nachträgliche Einführung von Ungleichbehandlungen im Gesellschaftsvertrag durch Mehrheitsbeschluss sind unzulässig, sofern der betroffene Gesellschafter nicht zustimmt.

Sonderrechte werden entweder mit dem Geschäftsanteil als solchem verknüpft oder einem Gesellschafter *ad personam* eingeräumt (wobei in letzterem Fall eine Übertragung des Geschäftsanteils dieses Recht nicht übergehen lässt). Ob ein Sonderrecht als übertragbares Recht ausgestaltet wurde und bei einer Anteilsübertragung übergeht, ist im Gesellschaftsvertrag zu regeln bzw durch Auslegung des Gesellschaftsvertrags zu ermitteln.⁴⁵⁶

⁴⁵⁵ So etwa Schopper in Gruber/Harrer, GmbHG² § 75 Rz 16.

⁴⁵⁶ Rauter in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 75 Rz 57; Schopper in Gruber/Harrer, GmbHG² § 75 Rz 19.

8. Finanzverfassung der FlexCo

Gottfried Gassner/Rupert Elsner

8.1. Allgemeines

Für die Grundzüge der Finanzverfassung der FlexCo gilt im Wesentlichen, was auch für die GmbH gilt. Fundamental ist dabei das Trennungsprinzip, wonach für Verbindlichkeiten der FlexCo nur deren Gesellschaftsvermögen haftet, die Gesellschafter haften dafür nicht persönlich (§ 61 Abs 2 GmbHG iVm § 1 Abs 2). Zum Schutz der Gläubiger wird dieses Vermögen (welches den Haftungsfonds für die Gläubiger darstellt) vor unerlaubten Schmälerungen zugunsten der Gesellschafter geschützt (va durch die Bestimmungen über die Kapitalerhaltung, siehe Kapitel 8.2.).

Im Folgenden werden auch die mit dem GmbHG identen Regelungen kurz beschrieben, der Schwerpunkt liegt jedoch auf den für die FlexCo spezifischen Bestimmungen.

Die Kapitalaufbringung (Einbringung der Stammeinlagen) wird bereits in den Kapiteln 2. (Gründung) und 6. (Mitgliedschaft) behandelt (siehe Kapitel 2.3.6. und 6.2.2.2.).

8.2. Kapitalerhaltung und Gewinnausschüttungen

Die Stammeinlagen (bzw Unternehmenswert-Anteile; sofern im Folgenden nicht ausdrücklich differenziert wird, sind mit Stammeinlagen die Unternehmenswert-Anteile mitgemeint) werden von den Gesellschaftern dauerhaft in die Gesellschaft eingebracht, sie können und dürfen nicht zurückgefordert werden. Eine Rückzahlung der eingezahlten Stammeinlagen erfolgt allenfalls im Rahmen der Auflösung und Beendigung der FlexCo (siehe Kapitel 9.3.5.) bzw im Rahmen einer Kapitalherabsetzung (siehe Kapitel 8.4.2.). Die Gesellschafter können ihre Stammeinlage nicht zurückfordern; sie haben, solange die Gesellschaft besteht, nur Anspruch auf den nach dem Jahresabschluss als Überschuss der Aktiven über die Passiven sich ergebenden Bilanzgewinn (§ 82 GmbHG iVm § 1 Abs 2). Die allgemeine Folge eines Verstoßes ist die Rückzahlungspflicht des begünstigten Gesellschafters (§ 83 GmbHG iVm § 1 Abs 2).

IZm der Kapitalerhaltung wird häufig auch vom **Verbot der Einlagenrückgewähr** gesprochen. Diese Begriffe werden häufig synonym verwendet.⁴⁸⁹ Im Folgenden wird der Begriff „Kapitalerhaltung“ verwendet, der den Schutzzweck des § 82 GmbHG umfassender beschreibt.⁴⁹⁰

⁴⁸⁹ OGH 22.12.2016, 6 Ob 232/16k.

⁴⁹⁰ Bauer/Zehetner in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 82 Rz 10.

10.2.4.2. Sitzverlegung

Im Zuge einer Umwandlung iSd 2. Hauptstücks des EU-UmgrG kann eine FlexCo, die österreichischem Recht unterliegt, in eine Kapitalgesellschaft umgewandelt werden, die dem Gesellschaftsrecht eines anderen Mitgliedstaats unterliegt. Es handelt sich hierbei um eine bloß formwechselnde Umwandlung. Es kommt zu keiner Vermögensübertragung.

Bei der Hinaus-Umwandlung wechselt eine österreichische FlexCo ihr Rechtskleid in eine Kapitalgesellschaft nach dem Recht eines anderen Mitgliedsstaats. Bei der Herein-Umwandlung wird eine Kapitalgesellschaft, die dem Recht eines anderen Mitgliedstaats als Österreich unterliegt, in eine österreichische FlexCo umgewandelt. Wesentliches Element des grenzüberschreitenden Formwechsels ist die grenzüberschreitende Verlegung des satzungsmäßigen Sitzes des umzuwandelnden Rechtsträgers. Der grenzüberschreitende Formwechsel ermöglicht somit die Verlegung des Satzungssitzes einer FlexCo in einen anderen Mitgliedstaat bzw die Verlegung des Satzungssitzes einer Kapitalgesellschaft mit Satzungssitz in einem anderen Mitgliedstaat nach Österreich.⁷⁴⁵ Auf diese Weise kann eine österreichische FlexCo zB in eine deutsche GmbH oder AG oder eine irische Limited, oder eine italienische Sarl oder eine deutsche GmbH oder AG oder eine irische Limited in eine FlexCo umgewandelt werden.

10.2.5. Verschmelzende Umwandlung

Nach §§ 2 ff UmwG können Kapitalgesellschaften durch Übertragung des Unternehmens auf den Hauptgesellschafter umgewandelt werden, wenn diesem Anteilsrechte an mindestens 90 % des Grund- oder Stammkapitals gehören. Man spricht von der sog „verschmelzenden“ Umwandlung.⁷⁴⁶

Als Kapitalgesellschaft steht der FlexCo eine verschmelzende Umwandlung auf deren Hauptgesellschafter grundsätzlich offen. Der Hauptgesellschafter darf aber nicht die Rechtsform einer (österreichischen) AG, SE oder GmbH aufweisen (§ 2 Abs 1 UmwG). Vom Ausschluss der GmbH als aufnehmender Rechtsträger ist auch die FlexCo erfasst. Angesichts des Verweises auf Kapitalgesellschaften iSv § 2 Z 1 EU-UmgrG ist eine Umwandlung einer FlexCo auf eine Kapitalgesellschaft gem Anhang II der Mobilitätsrichtlinie ebenfalls ausgeschlossen.⁷⁴⁷

Das UmwG erfasst als übertragende Rechtsträger nur Kapitalgesellschaften, die österreichischem Recht unterliegen. Auf ausländische Kapitalgesellschaften kommt das UmwG nicht zur Anwendung.⁷⁴⁸

⁷⁴⁵ Rieder in Rieder/Potyka, EU-UmgrG (2023) § 8 Rz 1.

⁷⁴⁶ Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³ § 1 UmwG Rz 15.

⁷⁴⁷ Richtlinie (EU) 2017/1132 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts, ABl L 2017/169, 46.

⁷⁴⁸ Gruber in Wiesner/Hirschler/Mayr, HB Umgründungen Art II Rz 19.

11.2.1. Besteuerung bei natürlichen Personen als Gesellschafter

11.2.1.1. Besteuerung von Gewinnanteilen

Gewinnanteile aus der FlexCo an einen Gesellschafter, der eine natürliche Person ist, sind bei diesem als Einkünfte aus Kapitalvermögen steuerpflichtig (Einkünfte aus der Überlassung von Kapital gem § 27 Abs 2 Z 1 lit a EStG, § 98 Abs 1 Z 5 lit a EStG). Sie unterliegen grundsätzlich dem besonderen Steuersatz von 27,5 % (KESt, § 27a Abs 1 Z 2 EStG). Schuldner der KESt ist der Gesellschafter, allerdings hat die FlexCo die KESt einzubehalten und an das Finanzamt abzuführen. Für den Gesellschafter ist die Einkommensteuer damit abgegolten. Diese Einkünfte müssen daher nicht in die Einkommensteuererklärung des Gesellschafters aufgenommen werden (§ 97 Abs 1 EStG, Endbesteuerung). Liegt die Einkommensteuer hingegen nach dem persönlichen Einkommensteuertarif des Gesellschafters unter 27,5 %, kann der Gesellschafter die Veranlagung zum progressiven Tarif beantragen (§ 27a Abs 5 EStG, Regelbesteuerungsoption).⁷⁹⁷

Mit der Beteiligung an der FlexCo in unmittelbar wirtschaftlichem Zusammenhang stehende Aufwendungen und Ausgaben sind bei der Einkünfteermittlung grundsätzlich nicht abzugsfähig (§ 20 Abs 2 Z 2 EStG). Das gilt auch bei Ausübung der Regelbesteuerungsoption. Steuerberatungskosten können jedoch als Sonderausgaben abgezogen werden (§ 18 Abs 1 Z 6 EStG).⁷⁹⁸

11.2.1.2. Besteuerung von Veräußerungsgewinnen

Veräußert ein Gesellschafter, der eine natürliche Person ist, seinen Anteil oder Unternehmenswert-Anteil an der FlexCo, ist der Veräußerungserlös abzüglich der steuerlichen Anschaffungskosten (§ 27a Abs 3 Z 2 lit a EStG) als Einkünfte aus Kapitalvermögen steuerpflichtig (Einkünfte aus realisierten Wertsteigerungen gem § 27 Abs 3 EStG, § 98 Abs 1 Z 5 lit e EStG⁷⁹⁹).⁸⁰⁰ Der Veräußerungsgewinn unterliegt grundsätzlich dem besonderen Steuersatz von 27,5 % (KESt, § 27a Abs 1 Z 2 EStG). Da in diesem Fall jedoch kein KESt-Abzug durch die FlexCo erfolgt, hat die Besteuerung im Wege der Veranlagung stattzufinden.⁸⁰¹ Der Gesellschafter der FlexCo muss den Veräußerungsgewinn daher in seine Einkommensteuererklärung aufnehmen. Auch iZm Veräußerungsgewinnen kann zur Regelbesteuerung optiert werden (§ 27a Abs 5 EStG).

⁷⁹⁷ Kirchmayr/Bodis/Hammerl in Doralt/Ruppe, Steuerrecht I¹² Rz 769; Jakom/Marschner EStG¹⁶ § 98 Rz 88 f.

⁷⁹⁸ EStR Rz 6106; Jakom/Peyerl EStG¹⁶ § 20 Rz 93 und 95.

⁷⁹⁹ Veräußert eine natürliche Person, die in Österreich weder einen Wohnsitz noch ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat, ihre Beteiligung an der FlexCo, unterliegen die Erträge aus der Veräußerung dann nicht der Steuerpflicht, wenn ihre Beteiligung an der FlexCo in den letzten fünf Jahren durchgehend weniger als 1 % betragen hat (§ 98 Abs 1 Z 5 lit e EStG).

⁸⁰⁰ Jakom/Marschner EStG¹⁶ § 27 Rz 123; Kirchmayr/Bodis/Hammerl in Doralt/Ruppe, Steuerrecht I¹² Rz 776; in Bezug auf ausländische Gesellschafter sind zudem die Bestimmungen der einzelnen Doppelbesteuerungsabkommen zu beachten, wonach das Besteuerungsrecht häufig dem Ansässigkeitsstaat zukommt (Art 13 OECD-MA).

⁸⁰¹ Kirchmayr/Bodis/Hammerl in Doralt/Ruppe, Steuerrecht I¹² Rz 99/1.