

## Rechtsformzusatz

**§ 2.** Die Firma der Gesellschaft hat abweichend von § 5 Abs. 1 GmbHG die Bezeichnung „Flexible Kapitalgesellschaft“ oder die Bezeichnung „Flexible Company“ zu enthalten. Diese Bezeichnungen können mit „FlexKapG“ oder mit „FlexCo“ abgekürzt werden.

[BGBl I 2023/179]

## Materialien

**ErlRV 2320 BlgNR 27. GP 1 (Allgemeiner Teil)**

Als Bezeichnung für die neue Kapitalgesellschaft wird „Flexible Kapitalgesellschaft“ vorgeschlagen, um die besonders weitreichenden Gestaltungsmöglichkeiten dieser Rechtsform zu betonen. Diese Bezeichnung kann im Firmenwortlaut mit „FlexKapG“ abgekürzt werden. Da die neue Kapitalgesellschaftsform insbesondere für internationale Venture Capital-Investoren attraktiv sein soll, kommen als alternative Rechtsformzusätze auch der englische Ausdruck „Flexible Company“ oder die Abkürzung „FlexCo“ in Betracht.

**ErlRV 2320 BlgNR 27. GP 3 (zu § 2)**

Entsprechend den Ausführungen im allgemeinen Teil der Erläuterungen soll als Rechtsformzusatz in der Firma einer FlexKapG die deutsche oder die englische Bezeichnung der neuen Kapitalgesellschaftsform in ausgeschriebener oder abgekürzter Form verwendet werden können.

## Literatur

*Adensamer*, Anmerkung zu OGH 6 Ob 46/09x, GES 2009, 260; *N. Arnold*, Erste Erfahrungswerte zur FlexCo, GesRZ 2024, 1; *Artmann*, Austrian Limited oder die Reform des Gesellschaftsrechts, SWK 2021, 722; *Birnbauer*, Das neue Firmenrecht, in *Dehn/Krejci*, Das neue UGB<sup>2</sup> (2007) 32; *Birnbauer/Saria*, Gesellschaftsrechtliche Entscheidungen der Firmenbuchgerichte (Loseblatt); *S. Bydlinski*, Von der Austrian Limited zur FlexCo, ÖJZ 2023, 884; *Dehn/Birnbauer*, Das neue Firmenrecht nach dem UGB – erste Erfahrungen, NZ 2008, 193; *Ebenroth/Boujong*, Handelsgesetzbuch I<sup>5</sup> (2024); *Frotz/Dellinger*, Anlegerschutz durch bankwesenrechtlichen Bezeichnungsschutz? *ecolex* 1996, 365; *Gebauer/Teichmann*, Europäisches Privat- und Unternehmensrecht<sup>2</sup> – Enzyklopädie Europarecht Band VI (2022); *Hügel*, Probleme des Offenlegungsgrundsatzes bei Rechtsgeschäften im Unternehmensbereich, JBl 1983, 449 und 523; *Hügel*, Rechtsscheinhaftung bei nicht offengelegter Haftungsbeschränkung im Rahmen einer ständigen Geschäftsverbindung, RdW 1985, 34; *Hügel*, Anmerkung zu OGH 1 Ob 713/84, JBl 1985, 616; *Kodek*, Firmenbuch-Gesellschaften-Statistik 2023, PSR 2024, 25; *Lauß*, Anmerkung zu OGH 6 Ob 98/99a, JBl 2000, 385; *C. Müller*, Entwicklungstendenzen bei den Europäischen Gesellschaftsformen am Beispiel der Societas Unius Personae (SUP), in *Lanser/Potocnik-Manzouri/Safron/Tillian/Wieser* (Hrsg), Social Europe? Tagung junger Europarechtler\*innen (2018) 75; *Ratka*, Anmerkung zu OGH 6 Ob 46/09x, GesRZ 2009, 301; *J. Reich-Rohrwig/Kinsky/S.-F. Kraus*, Austrian Limited – Eine Startup-freundliche neue Rechtsform (2021); *U. Torggler*, Die Firma als Unternehmenskennzeichen – Die Etablissementbezeichnung, *ipCompetence* 2010 H 3, 28; *Verweijen*, Ist die Kleinschreibung von Firmenwortlauten zulässig?

NZ 2002, 321; Zieger, Der Gründungsprozess der flexiblen Kapitalgesellschaft im Rechtsvergleich, in *W. Doralt/De Wet/Garber/Gragl/Robertson/Schütz/Wendland* (Hrsg), Beiträge zu Rechtsvergleichung und Europa – Jahrbuch Linda-Rauter-Preis 2024 (2024) 255.

## Übersicht

|                                                         |        |
|---------------------------------------------------------|--------|
| I. Überblick .....                                      | 1      |
| II. Rolle der Firma .....                               | 2      |
| III. Firmenbildung im Allgemeinen (§§ 17 ff UGB) .....  | 3, 4   |
| IV. Rechtsformzusatz im Speziellen (§ 2 FlexKapGG)      |        |
| A. Normzwecke und zulässige Varianten .....             | 5–8    |
| B. Ausgestaltung im Firmenwortlaut .....                | 9      |
| 1. Abkürzungen .....                                    | 10     |
| 2. Positionierung und Aufteilung .....                  | 11, 12 |
| 3. Groß-/Kleinschreibung .....                          | 13     |
| C. Sprachfassung und deren „dynamische“ Variation ..... | 14     |

## I. Überblick

- Die im Gesellschaftsvertrag zu verankernde und über verschiedene Rechtsnormen geschützte Firma ist der Name der FlexKapG. Die Firmenbildung richtet sich im Kern nach den Regeln der §§ 17 ff UGB. In § 2 FlexKapGG findet sich ergänzend die – funktional dem § 19 UGB entsprechende – Verpflichtung, einen Rechtsformzusatz (= Bezeichnung oder Abkürzung) zu führen. Im Gegensatz zum GmbH-Recht werden die zulässigen Abkürzungen konkret sowie abschließend im Gesetz aufgezählt und sind insofern keiner alternativen Ausgestaltung zugänglich. Die Norm bezweckt eine Aufklärung des Geschäftsverkehrs über die Rechtsform und die Haftungsstruktur. Zudem sollen internationale Investoren angesprochen bzw. angelockt werden, was sich im Wahlrecht zwischen englischem und deutschem Rechtsformzusatz widerspiegelt. Im Licht dieser Gleichwertigkeit erscheint auch eine dynamische Variation der beiden Sprachfassungen im Geschäftsverkehr zulässig. Der Rechtsformzusatz kann grundsätzlich an beliebiger Stelle im Firmenwortlaut positioniert werden; eine Aufteilung dürfte indes ausscheiden. Die Kleinschreibung des Rechtsformzusatzes ist möglich und zugleich zwingend, wenn auch der restliche Firmenwortlaut kleingeschrieben wird.

## II. Rolle der Firma

- Die Firma ist der<sup>1</sup> **Name** der **FlexKapG** (vgl auch § 17 UGB zur Namensfunktion sowie § 14 UGB zur Angabeverpflichtung im Geschäftsverkehr).<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Die FlexKapG hat unabhängig von der konkret betriebenen Anzahl an Unternehmen stets nur eine Firma (*Berger* in *FAH*, GmbHG<sup>2</sup> § 5 Rz 3; *Ratka* in *WK GmbHG* § 5 Rz 58 f [Stand 1.8.2020]; *U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 5 Rz 6; *Wünscher* in *Wünscher*, FlexKapGG § 2 Rz 6; *Michtner* in *FlexKapGG-ON*<sup>1,00</sup> § 2 Rz 22 [Stand 1.1.2024]; *Mair* in *Aumüller/Verweijen*, FlexKapGG § 2

- 9 Es kommt auch faktisch zu keiner echten Verschlechterung, weil § 7 Abs 1 FlexKapGG die Teilnahmemöglichkeit aller Gesellschafter bewahrt. Zudem ist die Zustimmungspflicht nach § 50 Abs 4 GmbHG nur auf „*einzelnen Gesellschaftern durch den Gesellschaftsvertrag eingeräumte Rechte*“ anzuwenden.<sup>12</sup> Die Änderung einer für alle Gesellschafter gleichermaßen geltenden, § 34 Abs 1 GmbHG kopierenden Regelung im Gesellschaftsvertrag wird daher idR nicht in ein Sonderrecht eingreifen.
- 10 Ein Sonderrecht kann aber vorliegen, wenn der Gesellschaftsvertrag einzelnen Gesellschaftern ein besonderes Veto- oder Teilnahmerecht bei Beschlussfassungen im Umlauf einräumt (so zB wenn der Gesellschaftsvertrag bereits § 7 Abs 1 FlexKapGG „aktiviert“ hat, aber einzelnen Gesellschaftern das Recht einräumt, einer Beschlussfassung im Umlaufweg zu widersprechen – eine Änderung eines solchen Widerspruchsrechts ist daher nach § 50 Abs 4 GmbHG seitens des oder der betroffenen Gesellschafter[s] zustimmungspflichtig).

## II. Regelungsmöglichkeiten im Gesellschaftsvertrag

### A. Teilnahmeerfordernis

#### 1. Grundsätzliches

- 11 Im Gesellschaftsvertrag einer FlexCo kann abweichend von § 34 Abs 1 GmbHG vorgesehen werden, dass für eine Abstimmung im schriftlichen Weg das Einverständnis aller Gesellschafter nicht erforderlich ist. In diesem Fall muss für eine gültige schriftliche Beschlussfassung allen stimmberechtigten Gesellschaftern eine Teilnahme an der Abstimmung ermöglicht werden.
- 12 Sofern der Gesellschaftsvertrag eine entsprechende Regelung vorsieht, entfällt bei schriftlichen Beschlussfassungen also das Erfordernis gemäß § 34 GmbHG, dass sich sämtliche Gesellschafter zumindest mit der Abstimmung im schriftlichen Wege einverstanden erklären. An dessen Stelle tritt die generelle Möglichkeit für alle stimmberechtigten Gesellschafter, an der Abstimmung teilzunehmen.
- 13 Den stimmberechtigten Gesellschaftern ist daher eine Teilnahme an der Beschlussfassung zu ermöglichen, aber auch die Unternehmenswert-Beteiligten (UWA-B) sind von der Durchführung von schriftlichen Abstimmungen gemäß § 9 Abs 4 FlexKapGG zu informieren.

Die Stimmberechtigung richtet sich dabei nach allgemeinen Grundsätzen (insb § 39 Abs 4 GmbHG).

- 14 Das Gesetz definiert nicht, wie die Abstimmung konkret zu erfolgen hat, ie welche organisatorischen/technischen Gegebenheiten vorliegen müssen. Es muss daher lediglich gewährleistet sein, dass sämtliche stimmberechtigte

---

12 Milchrahm/Rauter in WK GmbHG § 50 Rz 70 (Stand 1.12.2022).

## Literatur

Aubrunner/Fürst, Unternehmenswertanteile der FlexCo, GesRZ 2023, 359; Baumgartner, Umgründungsflexibilität der FlexKapG, NZ 2024/2; Durstberger/Rieder, Unternehmenswertanteile und Gesellschaftsvertragsgestaltung, RdW 2024/130; Eckert/Sternig, Unternehmenswertanteile, ecolex 2023, 917; Eiselsberg, FlexKapGG Kurzkomentar (2024); Fantur, Einlagenrückgewähr-Fälle bei Mitarbeiterbeteiligungen an einer Flexiblen Kapitalgesellschaft, GES 2024, 1 ff; Foglar-Deinhardtstein, FlexCo und Umgründungen – ein Spannungsfeld, ecolex 2024/293; Fritz, Die Flexible Kapitalgesellschaft, Heft 97/2024, BÖB 2024, 34; Hartlieb, Die FlexCo – die bessere GmbH? ZIK 2024/42; Hayden, Unternehmenswert-Anteile („UWA“): Wrongful Birth? RdW 2024, 424; Rieder, Unternehmenswertanteile und Umgründungen, RdW 2024/454; Sauer/Hiermann, Die Umwandlung unter Beteiligung der neuen FlexCo, GesRZ 2023, 367; Steiner, Zum Entwurf einer Flexiblen Kapitalgesellschaft – wirtschaftliche Parameter, Individual- und Minderheitenrecht, GES 2023, 216; Strass/Habich, Vom Mitarbeiter zum Miteigentümer, Gesellschaftergleichbehandlung bei VC-finanzierten FlexCos, ecolex 2023, 1014; Told, Die FlexCo im Spannungsfeld multipler Gesellschafterkategorien, ÖJZ 2023/153; Told/Sottner, Die FlexCo zwischen klassischen Gesellschaftern und Unternehmenswert-Beteiligten, NZ 2024/86; Zwick (Hrsg), Praxishandbuch FlexCo (2024).

## Übersicht

|      |                                                                                                                 |        |
|------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------|
| I.   | Allgemeines                                                                                                     |        |
|      | A. Gegenstand und Zweck .....                                                                                   | 1–4    |
|      | B. Kritik .....                                                                                                 | 5–10   |
| II.  | Regelung im Gesellschaftsvertrag und weitere Voraussetzungen für die Ausgabe von UWA                            |        |
|      | A. Allgemeines .....                                                                                            | 11–13  |
|      | B. Gesetzliche Vorgaben .....                                                                                   | 14–16  |
|      | C. Prüfung der Regelung .....                                                                                   | 17     |
|      | D. Rechtsfolgen bei Verstoß .....                                                                               | 18     |
| III. | Rechte und Pflichten von UWA-B (Abs 2–5)                                                                        |        |
|      | A. Vermögensrechte (Abs 3)                                                                                      |        |
|      | 1. Beteiligung am Bilanzgewinn und Liquidationserlös pro rata oder Gleichbehandlung mit Gründungsgesellschafter |        |
|      | a) Beteiligung pro rata oder Gleichbehandlung .....                                                             | 19, 20 |
|      | b) Hintergrund .....                                                                                            | 21     |
|      | c) Konstellationen mit fehlendem Interessengleichklang zwischen UWA-B und Gründungsgesellschafter .....         | 22–25  |
|      | 2. Bezugsrecht                                                                                                  |        |
|      | a) Kein Bezugsrecht als dispositive Regel .....                                                                 | 26     |
|      | b) Probleme der gesellschaftsvertraglichen Einräumung eines Bezugsrechts an UWA-B .....                         | 27     |
|      | c) Schutz gegen wertvernichtende Verwässerung .....                                                             | 28     |

|                                                                                                                                        |        |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------|
| B. Verwaltungsrechte (Abs 4)                                                                                                           |        |
| 1. Kein Stimmrecht und kein Anfechtungsrecht .....                                                                                     | 29, 30 |
| 2. Informations- und Einsichtsrechte .....                                                                                             | 31–34  |
| 3. Teilnahmerecht an Generalversammlungen                                                                                              |        |
| a) Teilnahmerecht .....                                                                                                                | 35     |
| b) Einladung .....                                                                                                                     | 36     |
| c) Rechtsfolgen unterbliebener oder fehlerhafter<br>Einladungen .....                                                                  | 37     |
| d) Praxiseinschätzung .....                                                                                                            | 38     |
| 4. Information über die Durchführung von Umlauf-<br>beschlüssen und gefasste Umlaufbeschlüsse .....                                    | 39–41  |
| 5. Individual- und Minderheitenrechte                                                                                                  |        |
| C. Pflichten von UWA-B (Abs 2)                                                                                                         |        |
| 1. Stammeinlage .....                                                                                                                  | 42     |
| 2. Haftung und Einlagenrückgewähr .....                                                                                                | 43–46  |
| IV. Änderungen der Rechtsposition von UWA-B                                                                                            |        |
| A. Änderung der Rechte von UWA-B (Abs 5)                                                                                               |        |
| 1. Grundsatz der Einzelzustimmung und Ausnahme bei<br>Gleichbehandlung mit Gründungsgesellschafter<br>betreffend Vermögensrechte ..... | 47–50  |
| 2. Einschränkung von Verwaltungsrechten .....                                                                                          | 51     |
| 3. Erweiterung von Zustimmungsrechten .....                                                                                            | 52     |
| 4. Mitwirkungs- und Klagerechte .....                                                                                                  | 53     |
| B. Umwandlung in Geschäftsanteile (Abs 9)                                                                                              |        |
| 1. Keine direkte Umwandlung .....                                                                                                      | 54     |
| 2. Kein Gläubigeraufruf erforderlich<br>(Abs 9 zweiter Satz) .....                                                                     | 55, 56 |
| 3. Einzelzustimmungserfordernis und Mitwirkungs- und<br>Klagerechte .....                                                              | 57     |
| 4. Formvorschriften .....                                                                                                              | 58     |
| 5. Kleinstanteile .....                                                                                                                | 59, 60 |
| 6. Exkurs: Umwandlung in eine AG<br>(„IPO-Fähigkeit“ von UWA) .....                                                                    | 61–65  |
| V. Ausgabe und Übertragung von UWA                                                                                                     |        |
| A. Ausgabe .....                                                                                                                       | 66, 67 |
| B. Übertragung (Abs 6)                                                                                                                 |        |
| 1. Allgemeines .....                                                                                                                   | 68–71  |
| 2. Treuhandkonstellationen .....                                                                                                       | 72     |
| 3. Vorverträge .....                                                                                                                   | 73     |
| VI. Firmenbuch, Anteilsbuch, Namensliste und Anteilsliste                                                                              |        |
| A. Firmenbuch (Abs 6) .....                                                                                                            | 74, 75 |
| B. Anteilsbuch (Abs 7) .....                                                                                                           | 76–78  |
| C. Anteilsliste und Namensliste (Abs 8) .....                                                                                          | 79–82  |
| D. Exkurs WiReG .....                                                                                                                  | 83     |

## I. Allgemeines

### A. Gegenstand und Zweck

- 1 **Gegenstand:** § 9 regelt Unternehmenswert-Anteile (UWA) als neue stimmrechtslose Anteilsklasse, die im Gesellschaftsvertrag (GesV) von FlexCos vorgesehen werden kann. Unternehmenswert-Beteiligte (UWA-B) sind Gesellschafter und halten Gesellschaftsanteile;<sup>1</sup> soweit nichts anderes bestimmt ist, gelten für sie die Vorschriften über Geschäftsanteile (Abs 1 zweiter Satz). UWA-B sind von der Willensbildung in der FlexCo weitestgehend ausgeschlossen.<sup>2</sup> UWA dürfen bis unter 25 % des Stammkapitals ausgegeben werden. Nicht nur Mitarbeiter, sondern grds jede Person kann UWA halten, wenngleich der Gesetzgeber die Ausgabe an Mitarbeiter als Hauptanwendungsfall im Auge hatte.<sup>3</sup> Eine wesentliche Besonderheit ist auch die Möglichkeit, UWA bereits mit einem Nennbetrag von 1 Cent auszugeben. UWA können weiters schon unter Einhaltung der Schriftform übertragen werden, es ist auch keine Anwaltsurkunde erforderlich.
- 2 Die Regelungen zu UWA finden sich verteilt auf mehrere Bestimmungen des FlexKapGG: § 9 regelt die Zulässigkeit der Schaffung von UWA, die Rechte und Pflichten von UWA-B und deren Änderung, die Übertragung von UWA sowie Anteilsbuch, Anteilsliste und Namensliste. Weitere Regelungen zu UWA finden sich in § 10, der ein Mitverkaufsrecht (*Tag-Along Right*) der UWA-B zur Voraussetzung für die Ausgabe von UWA macht. § 11 sieht schließlich Belehrungspflichten und eine verpflichtende Verkaufsoption von UWA-B vor (Put-Option), die aber nur für Mitarbeiter gilt und nur ausübbar ist, wenn das Dienstverhältnis mit diesen Mitarbeitern beendet wird. § 15 Abs 1 Z 6 hält fest, dass die Gesellschaft eigene Geschäftsanteile erwerben darf, wenn es sich dabei um UWA handelt.
- 3 **Zweck:** Die Möglichkeit der Ausgabe der stimmrechtslosen UWA ist eine der zentralen Neuerungen des FlexKapGG. Die neue Anteilsklasse adressiert das Bedürfnis von Startups, ihre Mitarbeiter an Wertsteigerungen der Gesellschaft zu beteiligen, ohne die Mitarbeiter zugleich in die Willensbildung der Gesellschaft einzubeziehen. Bisher wurden Startup-Mitarbeiterbeteiligungen zumeist als rein schuldrechtliche Ansprüche im Rahmen von sogenannten

---

1 Für Zwecke der Lesbarkeit und entsprechend der (weitgehend eingehaltenen) Logik des Gesetzes sind in der Folge UWA-B begrifflich nicht mit „Gesellschafter“ mitgemeint; dementsprechend sind auch UWA begrifflich in der Folge keine „Geschäftsanteile“.

2 Wesentliche Ausnahmen sind Gesellschafterbeschlüsse, die eine Änderung der Rechte der UWA-B betreffend ihren Anteil am Bilanzgewinn und am Liquidationserlös oder eine Umwandlung von UWA in Geschäftsanteile nach Abs 9 bewirken. Solche Beschlüsse können gemäß Abs 5 grundsätzlich nur mit Zustimmung aller davon betroffenen UWA-B gefasst werden.

3 ErlRV 2320 BlgNR 27. GP 4.

## B. Abbedingung (auch) der Einheit der Stammeinlage?

§ 13 Satz 2 schließt zwar für Stückanteile die Einheit des Geschäftsanteils (§ 75 Abs 2 GmbHG) aus, um die rechtliche Selbstständigkeit von Stückanteilen zu erreichen. Das genügt aber streng genommen nicht. Die Einheit des Geschäftsanteils ergibt sich nämlich logisch erst aus der **Einheit der Stammeinlage** (§ 6 Abs 3 GmbHG [iVm § 1 Abs 2]; dazu schon Rz 6): Nach § 75 Abs 1 GmbHG bestimmt sich der Geschäftsanteil nach der übernommenen Stammeinlage (dh nach deren Nennbetrag). § 13 Satz 2 schließt jedoch § 75 Abs 1 GmbHG nicht aus (s daher § 1 Abs 2). Kann jede Gesellschafterin somit nur eine Stammeinlage übernehmen (§ 6 Abs 3 GmbHG [iVm § 1 Abs 2]), könnte sie wegen § 75 Abs 1 GmbHG (iVm § 1 Abs 2) auch (weiterhin) nur einen (Stück-)Anteil haben.<sup>89</sup> Deshalb genügt der Ausschluss des § 75 Abs 2 GmbHG wohl nicht,<sup>90</sup> denn die leg cit stellt nur klar, was sich schon aus § 6 Abs 3 iVm § 75 Abs 1 GmbHG ergibt.<sup>91</sup> Die Wurzel des Regelungsproblems ist die Einheit der Stammeinlage. Deshalb müsste § 13 neben § 75 Abs 2 GmbHG auch § 6 Abs 3 GmbHG ausschließen. Das wird man allerdings wohl (rechtsfortbildend) annehmen müssen, weil das Regelungsziel des Gesetzgebers (Selbstständigkeit der Stückanteile) andernfalls unerreichbar wäre.<sup>92</sup> Deswegen ist mE davon auszugehen, dass jede Gesellschafterin (wie im dGmbHG seit dem MoMiG)<sup>93</sup> bei der Gründung (abw von § 6 Abs 3 GmbHG) auch mehrere Stammeinlagen übernehmen kann (und zwar so viele, wie sie Stückanteile erhalten soll), und dass bei der nachträglichen Einführung von Stückanteilen (s Rz 21) auch die (bisher einheitliche) Stammeinlage

89 Konzis für die GmbH bereits Grünhut, GmbH<sup>2</sup> (1913) 57: „Jeder Gesellschafter kann nur eine Stammeinlage, daher auch nur einen Geschäftsanteil haben.“ Ähnl Ofner/Thorsch, GmbHG (1907) § 75 Anm 1 (S 89): „eine Einlage, einen Anteil“.

90 Denkbar wäre wohl auch (ohne Unterschied iE), dass – wegen der logischen Verknüpfung beider Bestimmungen – mit § 75 Abs 2 GmbHG implizit ohnehin auch § 6 Abs 3 GmbHG ausgeschlossen sein muss.

91 Vgl auch Koppensteiner/Rüffler, GmbHG<sup>3</sup> § 75 Rz 3 (§ 75 Abs 2 GmbHG als Konsequenz des § 6 Abs 3 GmbHG); ähnl Rauter in WK GmbHG § 75 Rz 11, nach dem § 75 Abs 2 GmbHG gleichsam eine Fortsetzung des § 6 Abs 3 GmbHG ist. Vgl auch ErlRV 236 BlgHH 17. Session 1904 84: „Entsprechend dem Standpunkte, wonach jeder Gesellschafter nur eine Stammeinlage übernehmen kann (§ 6, Absatz 3), räumt der Entwurf auch jedem Gesellschafter nur das Recht auf einen Geschäftsanteil ein.“

92 Geht man davon aus, dass das GmbH-Recht nicht nur (ausdr getroffenen) „Regelungen“ des FlexKapGG (vgl § 1 Abs 2) nachgeht, sondern (iSd § 1175 Abs 4 ABGB) auch FlexCo-spezifischen Wertungen – hier: der Wertung des § 13 – (iSd zB wohl *Ke. Rastegar*, *ecolex* 2023, 909 [911]; s dazu § 1 Rz 41), dann erfordert die gebotene Korrektur keine teleologische Reduktion des § 1 Abs 2 in Bezug auf § 6 Abs 3 GmbHG.

93 Vgl ErlRV 236 BlgHH 17. Session 1904 84; vgl auch § 14 Abs 2 dGmbHG und dazu Begr RegE (MoMiG) RT-Drucks 16/6140 30.

- 14 Für den Erwerb gemäß § 15 Abs 1 Z 1 1. Fall FlexKapGG spielt es keine Rolle, wie hoch die zu erwerbende Beteiligungsquote ist (keine Drittel-Erwerbsgrenze – siehe Rz 45), und ob die Rücklage gemäß § 229 Abs 1a UGB (siehe Rz 71) sowie die allenfalls übersteigenden Anschaffungskosten aus freien Mitteln der Gesellschaft finanziert werden können (keine Kapitalgrenze – siehe Rz 46 f).

### C. Erwerb im Exekutionsweg (§ 15 Abs 1 Z 1 2. Fall)

- 15 Steht der FlexKapG eine titulierte Forderung gegen einen Gesellschafter zu, kann die Gesellschaft den Geschäftsanteil des Gesellschafters zur Hereinbringung dieser Forderung im Exekutionsverfahren erwerben. Zur Inanspruchnahme dieser Befriedigungsmöglichkeit muss die FlexKapG zunächst die exekutive Pfändung des Geschäftsanteils betreiben und sich sodann erfolgreich am Verwertungsverfahren beteiligen.<sup>19</sup> Von § 15 Abs 1 Z 1 2. Fall FlexKapGG nicht erfasst ist ein Rückerwerb im Rahmen der Kaduzierung; dieser richtet sich nach §§ 66 ff GmbHG.<sup>20</sup>
- 16 Der Erwerb gemäß § 15 Abs 1 Z 1 2. Fall FlexKapGG ist ebenfalls nur erlaubt, wenn die betreffende Stammeinlage voll eingezahlt ist.<sup>21</sup> Die Drittelgrenze gemäß § 15 Abs 4 Satz 1 FlexKapGG gilt nicht; auch die Voraussetzung des Erwerbs aus freien Mitteln (§ 15 Abs 4 Satz 2 FlexKapGG) muss nicht eingehalten werden.

### D. Erwerb durch Gesamtrechtsnachfolge (§ 15 Abs 1 Z 2)

- 17 Ebenso wie bei der GmbH (§ 81 Satz 3 GmbHG) ist der Erwerb eigener Geschäftsanteile im Weg der Gesamtrechtsnachfolge auch bei der FlexKapG zulässig. Hierunter fällt sowohl die erbrechtliche als auch die gesellschaftsrechtliche Gesamtrechtsnachfolge, somit Verschmelzung, Spaltung, Umwandlung nach dem UmwG, § 142 UGB und gleichartige Institute des ausländischen Rechts.<sup>22</sup> Grund hierfür ist, dass eine Umstrukturierung von Gesellschaften nicht bloß deshalb verhindert werden soll, weil die Gesellschaft im Zuge dessen eigene Geschäftsanteile erwirbt.<sup>23</sup>

19 H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG<sup>2</sup> § 81 Rz 13; H. Foglar-Deinhardstein in FlexKapGG-ON<sup>1.00</sup> § 15 Rz 42; Schopper, *ecolex* 2023, 1020; Wünscher/Spitznagel/Gottardi in Wünscher, FlexKapGG § 15 Rz 8.

20 H. Foglar-Deinhardstein in FlexKapGG-ON<sup>1.00</sup> § 15 Rz 46; Schopper, *ecolex* 2023, 1020; Wünscher/Spitznagel/Gottardi in Wünscher, FlexKapGG § 15 Rz 8.

21 H. Foglar-Deinhardstein in FlexKapGG-ON<sup>1.00</sup> § 15 Rz 44; Schneeweiss in Schneeweiss/Hule, FlexKapGG § 15 Rz 36; Schopper, *ecolex* 2023, 1020.

22 Vgl Bauer in Aumüllner/Verweijen, FlexKapGG § 15 Rz 41; Eckert/Schopper/U. Schmidt in Eckert/Schopper, AktG-ON<sup>1.00</sup> § 65 Rz 22; Schneeweiss in Schneeweiss/Hule, FlexKapGG § 15 Rz 38; Schopper, *ecolex* 2023, 1020; zu Umgründungsvorgängen im Detail siehe H. Foglar-Deinhardstein in FlexKapGG-ON<sup>1.00</sup> § 15 Rz 51 ff.

23 Eckert/Schopper/U. Schmidt in Eckert/Schopper, AktG-ON<sup>1.00</sup> § 65 Rz 22; Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>3</sup> (2021) § 65 Rz 27.

eröffnet, wenn diese **massenweise begeben** werden.<sup>30</sup> Das ist sowohl zum Aktien- als auch zum FlexKapG-Recht abzulehnen. Maßgeblich ist allein die Konkurrenzierung der Gesellschafter (Rz 10). Die Anzahl der ausgegebenen Instrumente ist irrelevant.<sup>31</sup> Auch auf die **Verbriefung** des Rechts<sup>32</sup> oder den Umstand, ob vom Inhaber des Instruments zur Verfügung gestelltes Kapital bei der FlexKapG als Eigenkapital oder Fremdkapital zu bilanzieren ist, kommt es nicht an.<sup>33</sup>

## B. Gestaltung der Finanzierungsinstrumente

**Vorbemerkung:** Die § 22 FlexKapGG unterfallenden Finanzierungsinstrumente weisen einheitlich eine schuldrechtliche Grundlage auf (Rz 14). Bei der Ausgestaltung der konkreten Rechtsposition des Inhabers besteht aber eine Vielzahl an Gestaltungsmöglichkeiten (Rz 15 ff). Grenzen setzt sowohl das Zivil- als auch das Gesellschaftsrecht (Rz 21 f).

### 1. Schuldrechtliche Grundlage

**Schuldrechtliche Grundlage:** Die in § 22 FlexKapGG umschriebenen Finanzierungsinstrumente beruhen auf einer schuldrechtlichen Grundlage zur FlexKapG.<sup>34</sup> Nicht erfasst sind mitgliedschaftliche bzw korporative Instrumente (wie Unternehmenswert-Anteile, siehe § 1 Rz 53), die auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage beruhen und im Zuge der Gesellschaftsgründung (§ 1 Rz 75) oder durch Kapitalerhöhung ausgegeben werden.<sup>35</sup> § 22 Abs 1 Satz 1 FlexKapGG stellt dementsprechend auf Gläubiger ab und stellt diese den (Gewinnanteilen von) Gesellschaftern gegenüber. Die Inhaber der Finanzierungsinstrumente sind aber keine „typischen“ Gläubiger wie zB Bankkreditgeber. Denn sie verfügen vertraglich über mitgliedschaftsähnliche Elemente und treten insofern mit den Gesellschaftern in Konkurrenz.<sup>36</sup> Das rechtfertigt es, diese Instrumente im Hinblick auf ihre Ausgabe besonders zu behandeln (siehe Rz 43).

30 Vgl etwa *Ernst*, AG 1967, 75 (77); *Hirte*, ZBB 1992, 38 (51 f).

31 *S. Bydlinksi/M. Hofbauer* in WK GmbHG § 22 FlexKapGG Rz 15 (Stand 15.10.2024); *Hartlieb*, Schutz besonderer Gläubiger 41; *Weixelbaum* in *Schneeweis/Hule*, FlexKapGG § 22 Rz 21, 24; *Zollner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>3</sup> § 174 Rz 19.

32 *S. Bydlinksi/M. Hofbauer* in WK GmbHG § 22 FlexKapGG Rz 13 (Stand 15.10.2024); *Freund* in *Aumüllner/Verweijen*, FlexKapGG § 22 Rz 17; *Frizberg* in FlexKapGG-ON<sup>1.00</sup> § 22 Rz 11; *Hartlieb*, Schutz besonderer Gläubiger 42; *Weixelbaum* in *Schneeweis/Hule*, FlexKapGG § 22 Rz 22.

33 *Freund* in *Aumüllner/Verweijen*, FlexKapGG § 22 Rz 18; siehe auch *Kinsky/Kurz* in *R/R/K*, FlexKapG Rz 14.6.

34 *Frizberg* in FlexKapGG-ON<sup>1.00</sup> § 22 Rz 7; *Hartlieb*, ÖJZ 2023, 918 (918); *Weixelbaum* in *Schneeweis/Hule*, FlexKapGG § 22 Rz 8.

35 Vgl *Weixelbaum* in *Schneeweis/Hule*, FlexKapGG § 22 Rz 2, entgegen diesem können die zur Verfügung gestellten Mittel aber unter bestimmten Voraussetzungen als Eigenkapital bei der FlexKapG bilanziert werden, siehe etwa Rz 39.

36 *Kinsky/Kurz* in *R/R/K*, FlexKapG Rz 14.5; *Zollner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>3</sup> § 174 Rz 9.

- 19 Bei Inanspruchnahme der Begünstigung gem § 67a EStG sind die **Befreiungen gem § 3 Abs 1 Z 15 lit b und c EStG<sup>25</sup> nicht anwendbar** (explizit Z 6 leg cit). Die Optionsregelung und der Ausschluss einer kumulativen Anwendung der Begünstigungsregelungen lassen viele Fragen offen. Erschwerend kommt hinzu, dass im Vorhinein nicht gesagt werden kann, ob die Inanspruchnahme der Befreiungsvorschrift oder der Regelung des § 67a EStG für den Arbeitnehmer günstiger ist. Dies hängt nämlich von der tatsächlichen Wertentwicklung der Beteiligung und vom individuellen Grenzsteuersatz ab.<sup>26</sup> ME wird durch Abs 2 Z 6 leg cit nicht ausgeschlossen, Anteile im Wert von € 3.000, vorausgesetzt die dafür erforderlichen Kriterien sind erfüllt, nach § 3 Abs 1 Z 15 lit b EStG steuerfrei zu belassen und für darüber hinaus abgegebene Anteile die Regelung des § 67a EStG in Anspruch zu nehmen. Abs 2 Z 6 leg cit sieht keine Bindungswirkung der Option für zu einem späteren Zeitpunkt erhaltene Anteile vor. Durch die Aufnahme der Höhe der Beteiligung ins Lohnkonto ist auch evident, in welchem Umfang Anteilsrechte unter die Regelung des § 67a EStG fallen. In dem Fall, dass die im EStG enthaltenen Begünstigungsregelungen nebeneinander in Anspruch genommen werden, sind die Anteile für Zwecke der Begünstigung nach § 3 Abs 1 Z 15 EStG im Zeitpunkt der Abgabe (dies ist gleichzeitig der Zeitpunkt des Zuflusses gem § 19 EStG) mit dem Wert gem § 15 Abs 2 Z 1 EStG zu bewerten. Einer der Hauptzwecke des § 67a EStG, nämlich eine Bewertungsvereinfachung herbeizuführen, wäre dann vereitelt.
- 20 Nach § 20 Abs 1 Z 7 EStG sind Aufwendungen und Ausgaben für das Entgelt für Arbeits- und Werkleistungen **nicht abzugsfähig, soweit es den Betrag von € 500.000 übersteigt**. Die unentgeltliche Überlassung von Kapitalanteilen im Rahmen des § 67a EStG stellt ein Entgelt iSd genannten Norm dar. Da bei Abgabe der Beteiligung die Höhe des geldwerten Vorteils noch nicht feststeht (im Fall der Veräußerung wäre dies der Veräußerungserlös, in anderen Fällen der gemeine Wert; siehe dazu Rz 28 f), ist in § 67 Abs 2 Z 6 EStG festgelegt, dass **für Zwecke des § 20 Abs 1 Z 7 EStG** das Entgelt mit den **Anschaffungskosten des Arbeitgebers** für die Kapitalanteile zu bemessen ist.<sup>27</sup>

### III. Besteuerung

- 21 Die Regelung des § 67a EStG begünstigt die unentgeltliche Abgabe von Startup-Mitarbeiterbeteiligungen auf dreierlei Weise. Die Besteuerung erfolgt nicht im Zeitpunkt der Abgabe der Anteile, sondern erst **im Zeitpunkt der Veräußerung der Anteile** oder bei Erfüllung eines der Veräußerung gleichgestellten Tatbestandes. Daraus ergibt sich ein Steuerstundungseffekt und **es unterbleibt eine Besteuerung von sog „dry income“** (siehe dazu das nachfolgende Kapitel A.). Der geldwerte Vorteil wird im typischen Fall eines Exit, nämlich

25 Zu den Befreiungen siehe Rz 2 f.

26 Zu Einflussfaktoren auf eine Optionsausübung siehe Wild, RWZ 2023/34, 178.

27 ErlRV 2321 BlgNR 27. GP 3.