

Teil I: Flexible Kapitalgesellschaft

Bundesgesetz über die Flexible Kapitalgesellschaft (Flexible-Kapitalgesellschafts-Gesetz – FlexKapGG)

BGBI I 2023/179

Begriff der Flexiblen Kapitalgesellschaft

§ 1. (1) Eine Flexible Kapitalgesellschaft (FlexKapG) ist eine Kapitalgesellschaft, die nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes zu jedem gesetzlich zulässigen Zweck durch eine oder mehrere Personen gegründet werden kann.

(2) Soweit in diesem Bundesgesetz keine abweichenden Regelungen getroffen werden, sind auf die FlexKapG die für Gesellschaften mit beschränkter Haftung geltenden Bestimmungen anzuwenden.

Stammfassung.

ErläutRV 2320 BlgNR 27. GP 3 (Zu § 1):

Die in einem eigenen Bundesgesetz geregelte Flexible Kapitalgesellschaft (FlexKapG) ist eine neue Kapitalgesellschaftsform, die vor allem die besonderen Bedürfnisse von Startups und anderen innovativen Unternehmen berücksichtigt. Allerdings sind die für Gesellschaften mit beschränkter Haftung geltenden Regelungen – also insbesondere das GmbH-Gesetz, RGBL. Nr. 58/1906 – gemäß § 1 Abs. 2 insoweit anzuwenden, als im FlexKapGG keine abweichenden Bestimmungen vorgesehen sind. Dadurch können die spezifischen Vorteile der innovativen neuen Rechtsform mit den traditionellen Qualitätsmerkmalen der GmbH, von denen an erster Stelle die hohe Rechtssicherheit für Gesellschafterinnen und Vertragspartnerinnen zu erwähnen ist, kumuliert werden.

Literatur: *Adler/Klaffner*, Zur Schaffung einer neuen Rechtsform: Erwägungen und ausgewählte Diskussionslinien, *ecolex* 2022, 101; *Andersen et al*, European Model Companies Act. First edition (2017), <https://ssrn.com/abstract=2929348>; *S. Bydlinski*, Von der Austrian Limited zur FlexCo – Der lange Weg vom Regierungsprogramm zur Regierungsvorlage, *ÖJZ* 2023, 884; *Walter Doralt/Keyvan Rastegar/Gelter/Conac/Katharina Rastegar/Schuster* (im Folgenden: *DRGCRS*), Austrian Limited: Die Pläne zur flexiblen Kapitalgesellschaft und die Reform des Gesellschaftsrechts, *GesRZ* 2021, 120; *Fantur*, Floskel über Bankgeschäfte im GmbH-Gesellschaftsvertrag, <http://www.gmbhrecht.at/gesellschaftsvertrag-1/bankgeschafte/>; *Fritz/Wildmoser/Koch* (Hrsg), *Mustersammlung zum GmbH-Recht²* (2015); *Gansterer/Krendl*, Gutes TUN. Geschäfte MACHEN. Gründungsleitfaden für Social Entrepreneurs, wko.at/oe/gruendung/lf-social-entrepreneurs.pdf; *Geroldinger/Miedler*, Zur Liberalisierung von Formvorschriften im Kapitalgesellschaftsrecht (§ 12 FlexKapGG), *RdW* 2023, 647; *Hanusch* (Hrsg), *Kommentar zur Gewerbeordnung* (Looseblatt, aktuell 28. Lfg 2019); *Harrer/Neumayr/Told* (Hrsg), *Organhaftung* (2022); *Hartlieb*, *Verbandsvertragsrecht* (2023); *Höhne/Jöchl/Lummerstorfer* (Hrsg), *Das Recht der Vereine⁶* (2019); *Karollus-Bruner*, *Entscheidungsanmerkung zu OGH 11. 11. 1999, 6 Ob 122/99f*, *ecolex* 2000, 725; *Kary*, Viel Wirbel um die flexible Kapitalgesellschaft, *Die Presse* 2022/20/08, 18; *Leitner/Wundsam/Einsiedler/Raunig/Dömötör*, *Austrian Startup Monitor* 2022, <https://austrianstartupmonitor.at/wp-content/uploads/2023/04/ASM-2022.pdf>; *OECD*, *Social impact measurement for the Social and Solidarity Economy: OECD Global Action Promoting Social & Solidarity Economy Ecosystems* (2021), <https://doi.org/10.1787/d20a57ac-en>; *Keyvan Rastegar*, *Subsidiäres GmbH-Recht und Auslegung – Das Verhältnis des FlexKapGG zum GmbH-Recht*,

ecolex 2023, 909; R. Rastegar, Gesellschafterklage (2020); *Rat für Forschung und Technologieentwicklung* („RFTE“), Stellungnahme zur geplanten Gesellschaftsform FlexCo/FlexKapG, https://www.rat-fte.at/archiv/files/rat-fte-pdf/stellungnahmen_des_rates/20220331-Flexco-alt.pdf; J. Reich-Rohrwig, Begutachtungsentwurf zur flexiblen Kapitalgesellschaft (FlexCo), ecolex 2023, 497; Rißler, Austrian (un)Limited, GES 2020, 349; Staudacher/Bachner, Startvorteil für Firmengründer, <https://kurier.at/wirtschaft/startvorteil-fuer-firmengruender/401473306>; SENA, Social Entrepreneurship Monitor Österreich 2020, <https://www.bmaw.gv.at/Themen/Wirtschaftsstandort-Oesterreich/Social-Entrepreneurship.html>; *Senat der Wirtschaft*, Flexible Kapitalgesellschaft – Jetzt, <https://senat.at/wp-content/uploads/SdW-Pla%CC%88doyer-122-FlexCo-Mai-22-Final.pdf>; Thomale, Unionale Vorgaben für nationale Rechtsformen, JBl 2021, 621; *Trending Topics*, FlexCo: Wirtschaftsministerium vermisst „zentrale Punkte“, <https://www.trendingtopics.eu/flexco-wirtschaftsministerium-vermisst-zentrale-punkte/>; Vandor/Millner/Hobodites/Matzawrakos/Winkler, Austrian Social Entrepreneurship Monitor 2021/2022: Status quo und Potentiale von Sozialunternehmen in Österreich, https://research.wu.ac.at/ws/portalfiles/portal/31332598/WU_Studienbericht_Austrian_Social_Enterprise_Monitor2021_2022.pdf; van Husen, Zur Bedeutung des Normativsystems im gesellschaftsrechtlichen Gründungssystem, GesRZ 2016, 148; Walch, Die subsidiäre Anwendbarkeit des allgemeinen Zivilrechts im GmbHG (2014); Walch, Die subsidiäre Anwendbarkeit der GesBR-Bestimmungen im GmbH-Recht nach der GesBR-Reform, RdW 2015, 78; *Winner*, Öffentlich-rechtliche Anforderungen und gesellschaftsrechtliche Probleme bei Ausgliederungen unter besonderer Berücksichtigung der Austro Control GmbH, ZfV 1998, 104.

Übersicht

	Rz
I. Grundlagen	1
A. Überblick über Inhalt und Zweck	1
B. Parallelvorschriften	3
II. Wesen und Besonderheiten der FlexCo	6
A. Die FlexCo als (moderne) Kapitalgesellschaft	6
B. Unionsrechtliche Einordnung	12
C. Gesellschafterstruktur	14
III. Gesellschaftszweck	18
A. Formen	18
B. Unternehmensgegenstand	23
C. Zulässigkeit	31
1. Allgemeines	31
2. Schranken der Zulässigkeit	33
3. Prüfung durch das Firmenbuchgericht	37
4. Rechtsfolgen der Unzulässigkeit	40
IV. Subsidiäre Anwendbarkeit des GmbH-Rechts	45
A. Gesamtes GmbH-Recht	45
B. Mechanik und Grenzen	47
C. Prüfungsschema	53

I. Grundlagen

A. Überblick über Inhalt und Zweck

- 1** **Regelungsinhalt.** § 1 Abs 1 regelt dreierlei: Erstens ist die FlexCo systematisch eine **Kapitalgesellschaft**, was insb aus europarechtlicher Sicht relevant ist (vgl Rz 12). Sie ist dementsprechend – zweitens – nicht nur der Mehrpersonen-, sondern auch der **Einpersonengründung** zugänglich (vgl Rz 16). Drittens steht die FlexCo für **sämtliche Gesellschaftszwecke** (und Unternehmensgegenstände) offen, ob kommerzieller, ideeller oder gemischter Natur (vgl Rz 31 ff). § 1 Abs 2 ordnet die **subsidiäre Anwendbarkeit des GmbH-Rechts** an (vgl dazu Rz 45 ff).

Normzweck. Kerngehalt des § 1 ist, dass die FlexCo als **universelle Rechtsform** für Gründungen aller Art zur Verfügung steht, unabhängig der Größe des Gesellschafterkreises oder des verfolgten Ziels. Die FlexCo ist die Antwort auf die Bedürfnisse des Marktes nach einer Kapitalgesellschaft mit **größerer Gestaltungsfreiheit und weniger Bürokratie**.¹ Das gilt nicht nur für die in den Materialien² häufig betonten Startups und „anderen innovativen Unternehmen“, sondern für **sämtliche Unternehmer oder Nicht-Unternehmer**, die zur Verfolgung zulässiger Ziele eine Ges gründen wollen.³

Durch die offene Formulierung bringt § 1 Abs 1 zudem den historischen Gedanken zum Ausdruck, dass auch im Recht der FlexCo (wie im heutigen Gesellschaftsrecht generell⁴) das **Normativsystem** gilt. Die Gründung einer FlexCo steht daher grds nicht unter dem Genehmigungsvorbehalt des Staates (Ausnahmen dazu s Rz 35). Entstehungsvoraussetzung ist zwar weiterhin die – dann doch nur nach Prüfung des Staates veranlasste – gerichtliche Eintragung zum FB. Bei Vorliegen der Gründungsvoraussetzung besteht jedoch ein Rechtsanspruch auf Eintragung.⁵

§ 1 Abs 2 transportiert die Entscheidung des Gesetzgebers, anstelle der Reform bestehender Gesellschaftsformen eine **eigenständige Rechtsform** zu schaffen und damit **regulatorischen Dualismus** zu betreiben.⁶ Um nicht sämtliche Rechtsfragen eigenständig regeln zu müssen, wird hilfsweise auf das (gesamte) GmbH-Recht verwiesen. Zu viel Bedeutungsgehalt sollte der Subsidiaritätsklausel jedoch nicht zugewiesen werden. Insb sind die besonderen Bestimmungen des FlexKapGG autonom anhand ihres Regelungsanliegens auszulegen und können im Einzelfall auch der Anwendbarkeit von unvereinbarem GmbH-Recht entgegenstehen (vgl näher Rz 47 ff).

B. Parallelvorschriften

Parallelbestimmungen zu § 1 Abs 1 bestehen bei sämtlichen Rechtsformen (§ 1 Abs 1 GmbHG, § 1 AktG, §§ 105 und 161 UGB, § 1 Vereinsgesetz 2002, § 1 PSG uvm). Der Wortlaut ist § 1 Abs 1 GmbHG entnommen.

An die generelle Verweisung nach § 1 Abs 2 erinnert im Gesellschaftsrecht vor allem § 161 Abs 2 UGB, der die subsidiäre Anwendbarkeit der OG-Regeln für die KG anordnet. Im Un-

1 Zum Hintergrund und den praktischen Gründen der Reform vgl *Kary*, Die Presse 2022/20/08, 18; *Staudacher/Bachner*, Startvorteil, <https://kurier.at/wirtschaft/startvorteil-fuer-firmengruender/401473306> (1. 1. 2024); *RFTE*, Stellungnahme, https://www.rat-fte.at/archive/files/rat-fte-pdf/stellungnahmen_des_rates/20220331-Flexco-alt.pdf (1. 1. 2024); *Senat der Wirtschaft*, Flexible Kapitalgesellschaft, <https://senat.at/wp-content/uploads/SdW-Pla%CC%88doyer-122-FlexCo-Mai-22-Final.pdf> (1. 1. 2024); *Trending Topics*, FlexCo, <https://www.trendingtopics.eu/flexco-wirtschaftsministerium-vermisst-zentrale-punkte/> (1. 1. 2024); aus rechtlicher Sicht *Adler/Klaffner*, *ecolex* 2022, 101 (101 ff); *DRGCRS*, *GesRZ* 2021, 120 (120 ff); *Reich-Rohrwig/Kinsky/Kraus*, *Austrian Limited* 1 ff; vgl auch *Geraldinger/Miedler*, *RdW* 2023, 647 (648); zur Gesetzeshistorie auch überblicksartig den Bericht von *S. Bydlinski* in *Kalss/Torggler*, Reform 1 ff sowie *S. Bydlinski*, *ÖJZ* 2023, 884 (884 ff).

2 ErläutRV 2320 BlgNR 27. GP 1, 3, 4.

3 Im Hinblick auf Unternehmerinnen nun auch in den ErläutRV 2320 BlgNR 27. GP 1 betont; selbstverständlich steht die FlexCo aber auch für zulässige nicht-unternehmerische Zwecke offen.

4 Zur GmbH: *Koppensteiner/Rüffler*, *GmbH-Gesetz*² § 1 Rz 2; *Enzinger* in *Straube/Ratka/Rauter*, *WK GmbHG* § 1 Rz 5; zur AG: *Hausmaninger/Taufner* in *Gratzl/Hausmaninger/Justich*, *Handbuch Aktiengesellschaft*² Rz 52; *Kalss/Burger/Eckert*, *Entwicklung* 58; *Told/Warto* in *Harrer/Neumayr/Told*, *Organhaftung* 6; im Generellen: *van Husen*, *GesRZ* 2016, 148 (148).

5 *Hausmaninger/Taufner* in *Gratzl/Hausmaninger/Justich*, *Handbuch Aktiengesellschaft*² Rz 53; *Kalss/Burger/Eckert*, *Entwicklung* 58; vgl weiters *Told/Warto* in *Harrer/Neumayr/Told*, *Organhaftung* 6.

6 *DRGCRS*, *GesRZ* 2021, 120 (132); *Keyvan Rastegar*, *ecolex* 2023, 909 (910 f).

terschied zum Verhältnis von OG und KG hebt sich die FlexCo jedoch stärker von der GmbH (und AG) ab. Während die KG iW nur im Hinblick auf die Haftung von Kommanditisten eigenständigen Normen unterliegt⁷ und mitunter gar als „Variante der einheitlich zu sehenden Personengesellschaft“⁸ bezeichnet wird, ist das FlexKapGG ein „Schmelztiegel“⁹ an (angelehnten bzw. identen) Bestimmungen aus dem GmbHG und AktG sowie gänzlich originärer Konzepte, das sich wertungsmäßig in mehrerer Hinsicht von bestehenden Kapitalgesellschaftsregimen emanzipiert. Auf diesen Unterschied ist in der Anwendung von § 1 Abs 2 zu achten (vgl. dazu näher Rz 48ff).

- 5 Verwandt mit § 1 Abs 2 ist schließlich auch die subsidiäre Anwendbarkeit der GesbR-Normen (§ 1175 Abs 4 ABGB), die auch im Recht der FlexCo (wenngleich häufig durch Rückgriff auf Kapitalgesellschaftsrecht überlagert) eine Rolle spielen kann (vgl. dazu Rz 51).

II. Wesen und Besonderheiten der FlexCo

A. Die FlexCo als (moderne) Kapitalgesellschaft

- 6 Die FlexCo reiht sich neben AG und GmbH als dritte nationale **Kapitalgesellschaft** ein (§ 1 Abs 1) und hat dabei eine gewisse **Hybridstellung**. Einerseits baut das FlexKapGG grundlegend auf der GmbH auf (§ 1 Abs 2) und modifiziert diese in gewissen Aspekten (§§ 2–8, 12–14). Andererseits übernimmt es die dem GmbH-Recht fremden, flexibleren Kapitalmaßnahmen aus dem Aktienrecht und schafft so einen größeren Gestaltungsspielraum in der Kapitalaufbringung (Erwerb eigener Anteile, bedingtes und genehmigtes Kapital, Kapitalherabsetzung durch Einziehung, §§ 15–25). Die FlexCo ist eine **eigenständige Rechtsform**¹⁰, die insofern losgelöst von GmbH und AG besonderen gesetzgeberischen Wertungen unterliegt. Gänzlich originär sind vor allem die Bestimmungen zu den UWA (§§ 9–11).
- 7 Als Kapitalgesellschaft ist die FlexCo eine rechtsfähige juristische Person mit einer von ihren Gftern getrennten Vermögenssphäre.¹¹ Gesellschaftsgläubigern gegenüber haftet grds. nur das Gesellschaftsvermögen (**Trennungsprinzip/Haftungsbeschränkung**).¹² Die Gfter leisten Einlagen, die gemeinsam das im GesV festzulegende Stammkapital bilden. Die Vertretung der Ges. übernehmen ein oder mehrere GF. Auch die FlexCo ist Unternehmerin kraft Rechtsform (§ 1 Abs 2 iVm § 2 UGB).
- 8 Im Vergleich zur GmbH ist die FlexCo (ihrem Namen entsprechend) durch eine stärkere Flexibilität in der Gestaltung des Verhältnisses der Gfter untereinander und einem **Abbau an staatlicher Regulierung durch Formreduktion** gekennzeichnet. Sie zeichnet sich insb. durch die Abschaffung von zwingendem Recht zugunsten von (mitunter jedoch weiterhin begrenzter) **Selbstbestimmung** aus. Dadurch folgt die FlexCo dem Ruf der Wirtschaft nach einer **praktikableren Rechtsform** mit mehr Gestaltungsspielraum und weniger Bürokratie,¹³ damit auch Teilen des 2017 durch Vertreter von 22 Mitgliedstaaten ausgearbeiteten Muster-

7 Vgl. *Koppensteiner/Auer in Straube/Ratka/Rauter*, WK UGB I⁴ § 161 Rz 15; *Schörghofer in Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht² Rz 2/857.

8 *Jabornegg in Jabornegg/Artmann*, UGB I² § 161 Rz 8.

9 *Keyvan Rastegar*, *ecolex* 2023, 909 (910).

10 Vgl. ErläutRV 2320 BlgNR 27. GP 15, „Da die FlexKapG einerseits und die GmbH andererseits jeweils eigene Kapitalgesellschaftsformen sind [...]“.

11 Das ist aus heutiger Sicht der gemeinsame Nenner der europäischen Kapitalgesellschaften, vgl. Art 119 Z 1 GesR-RL; vgl. dazu *Thomale in Kalss/Torggler*, Reform 14 (FN 33).

12 Zum Trennungsprinzip in der GmbH *Aicher/Kraus in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 61 Rz 4; *Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht² Rz 4/351; *Pelinka in FAH*, GmbHG § 61 Rz 27.

13 Vgl. dazu die Nachweise in FN 1.

gesetz EMCA („European Model Company Act“)¹⁴ und setzt einen Pfeiler im Regierungsprogramm 2020–2024¹⁵ um. Diese zwei Grundwertungen (mehr Selbstbestimmung, weniger Bürokratie) liegen einem Großteil des FlexKapGG zu Grunde und können sohin als die **Kernprinzipien des FlexKapGG** bezeichnet werden. Sie sind eine wichtige Quelle in der Gesetzesauslegung.

Gleichzeitig verfolgt die Reform einen „**Wachstums- und Kapitalisierungsethos**“: Durch die vereinfachte Möglichkeit zur Schaffung und Gestaltung von Anteilsklassen (vgl insb §§ 8, 9, 13 und 14) und die Übernahme aktienrechtlicher Kapitalmaßnahmen (vgl §§ 15–24) soll die Aufnahme von Risikokapital vereinfacht und das Wachstum von öst (insb Jung-)Unternehmen gefördert werden.¹⁶ Das FlexKapGG steht damit im Zeichen von Standortpolitik und der Förderung von Innovation und Unternehmertum.

Die wesentlichen **Unterschiede zur GmbH** sind (im Detail s dazu die Kommentierungen der jeweiligen Bestimmungen):

- **Schriftliche Beschlussfassungen** sind bei entsprechender Regelung im GesV auch ohne Zustimmung aller Gftr zulässig; anstelle Unterschriftlichkeit iSd § 886 ABGB genügt Textform (§ 7);
- **Geschäftsanteile sind freier gestalt- und übertragbar**: Sie sind von Gesetzes wegen teilbar (§ 14), können in Form von Stückanteilen ausgegeben werden (§ 13) und deren Übertragung bedarf nicht mehr notwendigerweise der Form eines Notariatsakts (§ 12);
- mit den vor allem (aber nicht nur) für Mitarbeiterinnen geeigneten **Unternehmenswertanteilen (UWA)** existiert die Möglichkeit einer Anteilsklasse unter Ausschluss oder Modifikation ansonsten zwingender Gesellschafterrechte, insb des Stimmrechts (§§ 9–11);
- durch die Erweiterung der Möglichkeiten zum **Erwerb eigener Anteile** (§§ 15–18) und die Ausgabemöglichkeit von **bedingtem und genehmigtem Kapital** ist die Kapitalaufbringung flexibler als jene der GmbH (§§ 19–21); und
- als einzig (um)gründungshemmenden Unterschied („Poison Pill“¹⁷) benötigt die FlexCo neben den in § 29 Abs 1 GmbHG aufgezählten Fällen auch dann einen **Aufsichtsrat**, wenn sie die Kriterien einer mittelgroßen Kapitalgesellschaft iSd § 221 Abs 2 und 4 UGB erfüllt (§ 6).

Die Schaffung einer flexibleren Rechtsform folgt einer Vielzahl von **internationalen Vorbildern**, sowohl aus dem anglo-amerikanischen Raum (zB Delaware LLC, Companies Act 2006), aber insb auch aus Europa (vgl rezent zB niederländische Flex-BV, polnische PSA, Luxemburgische SARL bzw SAS oder italienische s.r.l semplificata¹⁸).¹⁹ Der Vergleich zu den hierzu lande verfügbaren Alternativen und die Erfahrungen aus dem Ausland lassen eine **hohe Popularität** der FlexCo erwarten, die langfristig die GmbH als beliebteste Gesellschaftsform ablösen könnte.

14 Andersen et al, EMCA, <https://ssrn.com/abstract=2929348> (1. 1. 2024) 1 (zB 6, 31, 59, 105f, 324).

15 Regierungsprogramm 2020–2024, <https://www.bundeskanzleramt.gv.at/dam/jcr:7b9e6755-2115-440c-b2ec-cbf64a931aa8/RegProgramm-lang.pdf> 25, 62 (1. 1. 2024).

16 Vgl das Regierungsprogramm 2020–2024, <https://www.bundeskanzleramt.gv.at/dam/jcr:7b9e6755-2115-440c-b2ec-cbf64a931aa8/RegProgramm-lang.pdf> 25, 62 (1. 1. 2024) 66: „Weiters soll der heimische Kapitalmarkt ausgebaut werden, um innovative KMUs und Start-ups in ihrem Wachstum zu unterstützen – hierfür braucht es verbesserte Anreize für privates Risikokapital und eine Stärkung des öffentlichen Risikokapitalmarktes.“

17 J. Reich-Rohrwig, *ecolex* 2023, 497 (498).

18 Zu diesen und weiteren Beispielen vgl Thomale in Kalss/Torggler, Reform 20ff.

19 DRGCRS, GesRZ 2021, 120 (120); vgl dazu auch den tabellarischen Vergleich des international erforderlichen Mindeststammkapitals in Reich-Rohrwig/Kinsky/Kraus, Austrian Limited 55ff.

B. Unionsrechtliche Einordnung

- 12** Mangels Nennung der Rechtsform in den jeweiligen Anhängen gelten einige der gesellschaftsrechtlichen EU-Regelungswerke einstweilen noch nicht unmittelbar für die FlexCo (insb Teile der GesR-RL²⁰, wohl auch die Einpersonengesellschafts-RL²¹).²² Durch § 1 Abs 2 sind jedoch die **nationalen Umsetzungsvorschriften**, soweit sich diese auf die GmbH beziehen und mit dem FlexKapGG vereinbaren lassen, ohnehin auf die FlexCo anzuwenden.²³
- 13** Im Zuge der Reform wurde im Schrifttum diskutiert, ob die FlexCo in ihrer gesetzlichen Ausgestaltung **unionsrechtskonform** ist. Als Gegenargument wurde ihre Nähe zur AG eingewandt, weshalb sie als eine dem Anhang I der GesR-RL zuzuordnende Ges den Anforderungen des Art 45 Abs 1 GesR-RL (Mindestkapital von € 25.000,-), Art 46 GesR-RL (Zulässigkeit der Dienstleistungseinlage) und Art 49 Ges-RL (zwingende Sachgründungsprüfung) genügen müsse.²⁴ Für Unionsrechtskonformität steht hingegen die überzeugende Ansicht von *Thomale*, wonach einerseits die Erweiterung von Anhang I der GesR-RL eines (europäisch) gesetzgeberischen Eingriffs bedürfte und andererseits eine solche aufgrund der mangelnden Börsfähigkeit der FlexCo nicht zu erwarten ist.²⁵

C. Gesellschafterstruktur

- 14** Gfiter der FlexCo kann grds **jede rechtsfähige Person** sowohl des Privatrechts als auch des öffentlichen Rechts sein (natürliche Personen jeden Alters, rechtsfähige Ges [daher nicht die GesbR oder eine schlichte Rechtsgemeinschaft iSd §§ 825ff ABGB], Gebietskörperschaften, Sozialversicherungsträger etc).²⁶ Auch **Treuhandkonstruktionen** sind nach allgemeinen Grundsätzen zulässig.²⁷ Dem Wortlaut nach bezieht sich § 1 Abs 1 zwar nur auf die Gründung, selbiges gilt aber selbstverständlich auch für nachträgliche Änderungen im Gesellschafterstand.
- 15** Ausnahmen ergeben sich aus anderen Rechtsquellen. So gelten die in manchen **Berufsgesetzen** vorgesehenen Einschränkungen der Gesellschafterstruktur einer GmbH (zB § 21c RAO,

20 RL 2017/1132/EU, zuletzt geändert durch 2021/23/VO, das trifft nach *Thomale* auf alle Bestimmungen zu, die sich aus einer Einordnung in Anhang I ergeben, Anhang II und IIA seien hingegen deklarativ und daher auch auf neue Kapitalgesellschaften anwendbar, vgl *Thomale*, JBl 2021, 621 (631ff).

21 RL 2009/102/EG.

22 Die Bilanz-RL (RL 2013/34/EU) folgt zwar auch einer Anhang-Systematik, die in der Lit aber als rein deklaratorisch betrachtet wird und daher auch neue vergleichbare Rechtsformen erfasst, vgl dazu *Thomale*, JBl 2021, 621 (626f) mwN. Ebenso anwendbar auf die FlexCo ist die Mutter-Tochter-RL, RL 2011/96/EU zuletzt geändert durch RL 2015/121/EU, die in Anhang I Teil A lit t auch „andere nach österreichischem Recht gegründete Gesellschaften, die der österreichischen Körperschaftssteuer unterliegen“, in ihren Anwendungsbereich nimmt; vgl zu diesen Beispielen und zur Bedeutung der Anhänge näher *Thomale*, JBl 2021, 621 (628f).

23 Vgl ErläutRV 2320 BlgNR 27. GP 1, wonach es ausdrückliche Absicht des Gesetzgebers war, die europarechtlichen „Vorteile der GmbH“ auch auf die FlexCo zu erstrecken.

24 *Rüffler*, GES 2020, 349 (350).

25 *Thomale* in *Kalss/Torggler*, Reform 30; *Thomale*, JBl 2021, 621 (635); in Ermangelung des Börszugangs ebenfalls für eine Aufnahme in Anhang II (und nicht Anhang I) *Reich-Rohrwig/Kinsky/Kraus*, Austrian Limited 38f.

26 *A. Winkler/M. Winkler* in FAH, GmbHG § 1 Rz 14; *Enzinger* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 1 Rz 8; *U. Torggler* in *Torggler*, GmbHG § 1 Rz 4.

27 *Enzinger* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 1 Rz 9.

§ 27 ZTG 2019, § 52a Ärztegesetz, § 56 WTBG)²⁸ gem § 1 Abs 2 auch für die FlexCo. Bei Vereinen und Privatstiftungen kann die Beteiligung an Ges uU unvereinbar mit ihren Errichtungszwecken sein,²⁹ bei der Genossenschaft ist eine Bestimmung im Genossenschaftsvertrag erforderlich (§ 5a Abs 1 Z 2 GenG).³⁰ Im öffentlichen Sektor existieren weitere Sondervorschriften (vgl etwa § 2 Abs 4 Austro Control Gesetz).³¹

Im Unterschied zu den Personengesellschaften (§ 1175 ABGB, §§ 105, 161 UGB) bzw dem Verein (§ 1 Abs 1 VerG) erfordert die FlexCo keinen Zusammenschluss mehrerer Personen. Die **Einpersonen-FlexCo** ist sohin zweifelsfrei zulässig. Spiegelbildlich zur GmbH (§ 1 Abs 2) wird der GesV durch die Erklärung über die Errichtung der Gesellschaft ersetzt (§ 3 Abs 2 GmbHG) und der FlexCo-Alleingesellschafter hat die Protokollierungsverpflichtung für In-sichgeschäfte zu beachten (§ 18 Abs 5 GmbHG). Gem § 4 kann die FlexCo im Wege der vereinfachten Gründung iSd § 9a GmbHG gegründet werden, was nach derzeitiger (reformbedürftiger, vgl § 4 Rz 75 ff) Rechtslage gleichfalls nur bei Einpersonen-Gründungen in Frage kommt. Die in Art 3 der Einpersonengesellschafts-RL verankerte Verpflichtung zur Publizität der Alleingesellschafterstellung und -identität ist durch die ohnehin bestehende Eintragungspflicht sämtlicher Gfiter (für UWb s § 9 Abs 8) erfüllt (§ 1 Abs 2 iVm § 5 Z 6 FBG).

Die FlexCo kann als rechtsfähige Kapitalgesellschaft selbst auch Gfiterin anderer Ges sein. Gestaltungen wie die **FlexCo & Co KG** sind ohne weiteres zulässig.

III. Gesellschaftszweck

A. Formen

Der Gesellschaftszweck beschreibt die grds Zielrichtung der Ges, also ob mit ihr (i) **wirtschaftliche, gewinnbringende** (bzw werterhöhende), (ii) **ideelle** (zB gemeinnützige oder öffentliche) oder (iii) **duale** (gemischte) **Ziele** verfolgt werden sollen.³²

Die FlexCo eignet sich nicht zuletzt vor dem Hintergrund der Flexibilisierungen auch für **Social Enterprises**,³³ also „Unternehmen mit positiver gesellschaftlicher Wirkung“ (verkürzt auch: „Sozialunternehmen“).³⁴ Social Enterprises verfolgen gesellschaftliche („Social“) Herausforderungen mit unternehmerischen Mitteln („Enterprise“). Oftmals werden dabei „ESG“-

28 A. Winkler/M. Winkler in FAH, GmbHG § 1 Rz 14; Enzinger in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 1 Rz 11; U. Torggler in Torggler, GmbHG § 1 Rz 6.

29 Zum Verein vgl Höhne/Jöchl in Höhne/Jöchl/Lummerstorfer, Recht der Vereine⁶ 304; vgl auch RIS-Justiz RS0080346, OGH 28. 2. 1979, 6 Ob 1/79; zur Privatstiftung Arnold in Arnold, PSG¹ § 1 Rz 13 ff; vgl auch U. Torggler in Torggler, GmbHG § 1 Rz 5.

30 Vgl OGH 2. 2. 1984, 6 Ob 19/83; RIS-Justiz RS0059173; RIS-Justiz RS0059165.

31 Vgl Winner, ZfV 1998, 104 (104 ff).

32 Enzinger in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 1 Rz 13; Koppensteiner/Rüffler, GmbH-Gesetz³ § 1 Rz 5.

33 Ausdrücklich ErläutRV 2320 BlgNR 27. GP 1; vgl auch SENA – Social Entrepreneurship Network Austria, 48/SN-276/ME 27. GP; weiters das Regierungsprogramm 2020–2024, <https://www.bundeskanzleramt.gv.at/dam/jcr:7b9e6755-2115-440c-b2ec-cbf64a931aa8/RegProgramm-lang.pdf> 66 (1. 1. 2024). „Die Rolle von „Social Entrepreneurs“, die mit innovativen Geschäftsmodellen gesellschaftlichen Herausforderungen neu begegnen, soll dabei besonders berücksichtigt werden.“

34 Vgl im generellen zum Thema den Gründungsleitfaden für Social Entrepreneurs, Gansterer/Krendl, Gutes TUN. Geschäfte MACHEN, wko.at/oe/gruendung/lf-social-entrepreneurs.pdf (1. 1. 2024) sowie Vandor/Millner/Hobodites/Matzawrakos/Winkler, Austrian Social Entrepreneurship Monitor 2021/2022: Status quo und Potentiale von Sozialunternehmen in Österreich, https://research.wu.ac.at/ws/portalfiles/portal/31332598/WU_Studienbericht_Austrian_Social_Enterprise_Monitor2021_2022.pdf (1. 1. 2024).

Ziele formuliert, sprich: ein ökologisches (Environmental) oder gesellschaftliches (Social) Ziel, während das Unternehmen verantwortlich geführt (Governance) wird.³⁵ Das ESG-Ziel besteht dabei **autonom neben finanziellen Zielen**, wobei das Unternehmen nachhaltig wirtschaftet und überwiegend Markteinnahmen erzielt.³⁶ Insoweit die gesellschaftliche Wirkung durch Kriterien³⁷ **messbar** gemacht und damit falsifizierbar wird, kann auch von einem „Impact-Unternehmen“ gesprochen werden.³⁸

- 20** Jedes zweite Startup verfolgt übergeordnete ökologische oder soziale Ziele und rund 18% aller österreichischen³⁹ Start-ups können als „Green“ oder „Social“ klassifiziert werden.⁴⁰ Insg bestehen derzeit ca 2500 Social Enterprises in Österreich. Kürzlich wurde zur Sichtbarmachung (und besseren quantitativen Erfassung) vom BMAW mit WKO, SENA und AWS das Label „Verified Social Enterprise“ begründet, wonach **zertifizierte Social Enterprises** diese Bezeichnung auch in der Firma anführen dürfen und im USP und WKO-Firmenregister gezielt gefunden werden können.⁴¹
- 21** Im GesV können sowohl ESG-Ziele, die bspw an die **Klimaziele** der Taxonomieverordnung oder an die **17 SDG** (Sustainable Development Goals) bzw **169 Zielsetzungen** der UNO angelehnt sein können,⁴² sowie **Stakeholder** zur verbandsautonomen Einbindung bzw Partizipation festgelegt werden.

Um wenige **Beispiele** zu nennen, können als **Zielgruppe** etwa Personen definiert werden, die von Armut, Hunger oder unsauberem Wasser betroffen sind, Frauen/Mädchen, die von Diskriminierung, Gewalt oder Zwangshe betroffen sind, Kinder aus bildungsfernen Schichten usw. Dasselbe gilt bspw für ein NGO, das sich der Meeresreinigung widmet, einem Frauenhaus, das Gewaltopfer betreut, einem Social Enterprise, das Bildung für bildungsferne Kinder ermöglichen möchte und ein Medienhaus für Journalisten mit Behinderung.

International übliche **Vertragsgestaltungen** beinhalten die Schaffung von weiteren Organen (Beiräte, Ausschüsse oder ähnliche Gremien), Auslagerung von Entscheidungsfindungen in Multistakeholder-Gruppen, eine freiwillige demokratischere Einbindung von Arbeitnehmern, Kunden, Lieferantinnen und anderen Stakeholdern in der Willensbildung oder Vertretung, die Gewinnbeteiligung von Arbeitnehmern und anderen Stakeholdern, die Festlegung von Wirkungsmodellen und -logiken, bis hin zu

35 Zur Konvergenz mit der unionsrechtlichen Begriffsbildung von „ESG“ im Finanzsektor vgl auch VO (EU) 2019/2088 (Offenlegungsverordnung) und VO (EU) 2020/852 (Taxonomieverordnung).

36 Dieser duale Zweck wird bisweilen auch als „gemischter“ Zweck bezeichnet, „Money und Meaning“ oder „Double Bottom Line“ und dient auch der notwendigen Abgrenzung zur (karitativen) Philanthropie oder rein kommerziellem Unternehmertum.

37 Hier bestehen Industriestandards wie die inzwischen nur kommerziell verfügbaren IRIS, <https://iris.thegiin.org> (1. 1. 2024); vgl auch *OECD*, Social impact measurement for the Social and Solidarity Economy (2021), <https://doi.org/10.1787/d20a57ac-en> (1. 1. 2024).

38 Die vorrangige Verfolgung dieser messbaren Wirkung wird auch als „Impact First“ bezeichnet, vgl auch die Voraussetzungen der AWS samt Wirkungsbericht und Wirkungslogik, <https://www.aws.at/verified-social-enterprise-label/> (1. 1. 2024). Die AWS verlangt die Festsetzung der Wirkung in der Satzung.

39 Zum europäischen Überblick vgl *Europäische Kommission*, Social Enterprises and their Ecosystems in Europe (2020), <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=738&langId=en&pubId=8274> (1. 1. 2024).

40 *Leitner/Wundsam/Einsiedler/Raunig/Dömötör*, Austrian Startup Monitor 2022, <https://austrianstartupmonitor.at/wp-content/uploads/2023/04/ASM-2022.pdf> (1. 1. 2024).

41 *BMAW*, Label “Verified Social Enterprise“, <https://www.bmaw.gv.at/Themen/Wirtschaftsstandort-Oesterreich/Social-Entrepreneurship/Label-Verified-Social-Enterprise.html> (1. 1. 2024).

42 Vgl die Sustainable Development Goals der Vereinten Nationen, <https://sdgs.un.org/goals>; <https://www.bmeia.gv.at/ministerium/aktuelles/sustainable-development-goals-sdg> (1. 1. 2024), zur Agenda 2030 s die Zusammenfassung des Bundeskanzleramts, <https://www.bundeskanzleramt.gv.at/themen/nachhaltige-entwicklung-agenda-2030.html> (1. 1. 2024) mwN.

selbstaufgelegten Verantwortlichkeiten iZm mit Berichtspflichten von Impact Kriterien (Stakeholder Capitalism).

Social Enterprises nehmen damit eine **eigene Stellung** zwischen kommerziellem Unternehmertum und Philanthropie ein, wobei sie von ersterem durch die verbindliche Festlegung (üblicherweise in der Satzung) ihres **dualen Zwecks abzugrenzen** sind und vom letzteren durch ihren unternehmerischen, gewinnorientierten Zugang (Social Enterprises sind daher per Definition **nicht gemeinnützig** iSd §§ 34ff BAO). **22**

B. Unternehmensgegenstand

Der häufig mit dem Gesellschaftszweck verwechselte **Unternehmensgegenstand** beschreibt das **Tätigkeitsfeld** der Ges, also jene realen Aktivitäten, durch welche der Gesellschaftszweck gefördert werden soll (zB Erbringen von Rechtsdienstleistungen, Verkauf von Lebensmitteln etc).⁴³ Das Verhältnis von Gesellschaftszweck und Unternehmensgegenstand wird insofern auch als eine „Zweck-Mittel-Relation“ beschrieben.⁴⁴ **23**

Die praktische Bedeutung der begrifflichen Unterscheidung zwischen Gesellschaftszweck und Unternehmensgegenstand erschöpft sich darin, dass Letzterer als **notwendiger Bestandteil** im **GesV** geregelt werden muss (§ 1 Abs 2 iVm § 4 Abs 1 Z 2 GmbHG). Bei der **Änderung** von Gesellschaftszweck und Unternehmensgegenstand gibt es nach hA hingegen keine Unterschiede: Mangels abweichender Bestimmung im GesV ist ein **einstimmiger Gesellschafterbeschluss** erforderlich (§ 1 Abs 2 iVm § 50 Abs 3 GmbHG).⁴⁵ Der GesV kann das Beschlusserfordernis bis zu einer Dreiviertelmehrheit herabsenken.⁴⁶ **24**

Im Unterschied zum Unternehmensgegenstand ist der **Gesellschaftszweck** nicht zwingend im GesV festzulegen. Er ergibt sich aber idR implizit aus der Tätigkeitsbeschreibung des Unternehmensgegenstands.⁴⁷ Im Hauptbuch des FB ist weder der Gesellschaftszweck noch der Unternehmensgegenstand ersichtlich. Gem § 1 Abs 2 iVm §§ 2, 3 Abs 1 Z 5 FBG ist jedoch eine **kurze Bezeichnung des Geschäftszweigs** nach eigener Angabe einzutragen. Der OGH und die überwiegende Lehre verstehen dies als freiwillige Eintragung, deren Nichtanmeldung sanktionslos ist.⁴⁸ **25**

Neben den branchenspezifischen Zulassungsschranken (vgl dazu Rz 35f) ergeben sich Gründungsverzögerungen mitunter aufgrund einer nicht **ausreichenden Konkretisierung** des Unternehmensgegenstands im GesV. Die in der Praxis gängigen Standardverträge enthalten oft generische Beschreibungen (Handel mit Waren aller Art, Halten von Beteiligungen etc), die von den FB-Gerichten nicht selten für zu unbestimmt befunden werden. Häufig stellt sich das Problem auch bei Vorratsgesellschaften (Mantelgesellschaften), die vor ihrem Verkauf gerade **26**

43 Zur Unterscheidung vgl auch OGH 23. 1. 2003, 6 Ob 81/02h; A. Winkler/M. Winkler in FAH, GmbHG § 1 Rz 6; Enzinger in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 1 Rz 13.

44 Berger in FAH, GmbHG § 4 Rz 9; Felzl/Aicher in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 4 Rz 11; J. Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I² Rz 1/11.

45 OLG Wien 23. 5. 2004, 28 R 149/03t in Birnbauer/Saria, Gesellschaftsrechtliche Entscheidungen²⁰; Koppensteiner/Rüffler, GmbH-Gesetz³ § 1 Rz 5; Milchrahm/Rauter in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 50 Rz 48.

46 Milchrahm/Rauter in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 50 Rz 45 mwN.

47 Felzl/Aicher in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 4 Rz 12; vgl bspw OGH 17. 11. 1987, 4 Ob 382/87, wo aus der Beschreibung des Unternehmensgegenstands als „Ausübung des Reisebürogewerbes“ auf die Ertragsabsicht der Gesellschaft geschlossen wurde.

48 OGH 23. 1. 2003, 6 Ob 81/02h; Potyka in Straube/Ratka/Rauter, WK UGB I¹ § 3 FBG Rz 6; Pilgertorfer in Artmann, UGB³ § 3 FBG Rz 18; vgl auch OGH 8. 5. 2008, 6 Ob 232/07x; aA Jennewein, FBG § 3 Rz 27.

keine konkrete Tätigkeit ausüben. Auf der Kehrseite läuft eine enge Umschreibung dazu, dass rascher eine Ausdehnung und damit eine Änderung des GesV erforderlich sein kann.

- 27 Die genauen Konturen der Bestimmtheit sind nicht eindeutig geklärt. Häufig wird auf zwei ältere Judikate des OGH rekuriert, wonach der Unternehmensgegenstand so konkret gefasst sein müsse, dass „der Schwerpunkt der Geschäftstätigkeit klar zu erkennen ist“⁴⁹ bzw die zu betreibenden Geschäfte „zumindest gattungsmäßig bezeichnet“⁵⁰ sind. Die Lehre verweist idZ darauf, dass die GF als auch Dritte in die Lage versetzt werden sollen, das Tätigkeitsfeld und den Zweck der Ges zu erkennen.⁵¹ Ersteres, weil die GF-Befugnis nur innerhalb der Grenzen des Unternehmensgegenstands besteht.⁵² Letzteres, weil das Tätigkeitsfeld Rückschlüsse auf die Kapitalausstattung der Ges zulasse (vgl dazu jedoch unten Rz 30).⁵³ In der Begrenzung der GF-Befugnis wird auch ein mittelbarer Minderheitenschutzgedanke verortet.⁵⁴
- 28 In diesem Sinne erachtete die Rsp folgende Umschreibungen – ohne weitere Konkretisierung – als zu weit:
- „jegliche gesetzliche kaufmännische oder nicht kaufmännische Erwerbs-, Verwaltungs- u Betriebstätigkeit“⁵⁵
 - „Handel, Import und Export von Waren aller Art“⁵⁶
 - „Handeln mit Waren aller Art“⁵⁷
 - „Beteiligung an und Verwaltung von Gesellschaften, Unternehmungen und Vermögensschaften aller Art“⁵⁸
 - „Beteiligung an anderen Unternehmen mit gleichem oder ähnlichem Geschäftszweck und der Übernahme von Geschäftsführungen“⁵⁹

Gerade die Judikatur zu Beteiligungsgesellschaften (Holding) bereitet in der Praxis bis heute immer wieder Schwierigkeiten. Laut OGH 6 Ob 21/79 muss „die Art und Weise der Beteiligungen und der Verwaltungen, die in den Unternehmensgegenstand der Ges fallen sollen, wenigstens im Sachbereich bestimmt“ sein. In der Praxis behilft man sich deshalb des Öfteren mit demonstrativen Ergänzungen („insbesondere [...]“).⁶⁰

- 29 In der Diskussion idR übersehen wird hingegen eine Folgeentscheidung des OGH aus 1990⁶¹ (das soweit ersichtlich rezenteste höchstgerichtliche Judikat zur Thematik), die **liberalere Tendenzen** erkennen lässt. Im Anlassfall erachtete das Höchstgericht es als zulässig, dass im GesV pauschal auf die jeweiligen Bestimmungen der Gewerbeordnung verwiesen wurde. Die Begründung des Judikats geht jedoch noch darüber hinaus: So kann nach dem Judikat eine „verhältnismäßig allgemein gehaltene Umschreibung des Unternehmensgegenstands hin-

49 OGH 20. 2. 1980, 6 Ob 21/79 NZ 1981, 8; ebenso OLG Innsbruck 15. 12. 1986, 5 R 390/86 NZ 1989, 73.

50 OGH 20. 4. 1971, 8 Ob 48/71 HS 8460.

51 Berger in FAH, GmbHG § 4 Rz 9, 14; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz³ § 4 Rz 6.

52 Stellvertretend *Enzinger in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 20 Rz 28.

53 So jedenfalls *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz³ § 4 Rz 6.

54 *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz³ § 4 Rz 6.

55 OGH 20. 4. 1971, 8 Ob 48/71 NZ 1972, 222.

56 OGH 20. 2. 1980, 6 Ob 21/79 NZ 1981, 8; OLG Innsbruck 15. 12. 1986, 5 R 390/86 NZ 1989, 73.

57 OGH 20. 2. 1980, 6 Ob 21/79 NZ 1981, 8.

58 OGH 20. 2. 1980, 6 Ob 21/79 NZ 1981, 8.

59 OLG Innsbruck 15. 12. 1986, 5 R 390/86 NZ 1989, 73.

60 Darauf verweist auch *Berger in FAH*, GmbHG § 4 Rz 14.

61 OGH 31. 5. 1990, 6 Ob 11/90.