

1. Kapitel

Einleitung/Überblick

Übersicht

	Rz
I. Start-Ups aufgepasst: Die Flexible Kapitalgesellschaft ist da	1.1
II. Einsatzbereiche der FlexCo	1.4
III. Was kann die neue FlexCo – und was kann sie nicht?	1.7
A. Mitarbeiterbeteiligung – erleichtert und steuerlich begünstigt	1.8
1. Bisherige Rechtslage	1.8
2. Neues System der FlexCo	1.9
B. Stammkapital, Stückelung und Mindesteinzahlungen auf Anteile; Stückanteile	1.17
1. Stammkapital der FlexCo	1.17
2. Stammeinlagen der Gesellschafter; Stückanteile; Teilbarkeit	1.18
3. Unternehmenswert-Anteile	1.21
C. Kapitalmaßnahmen und Aufnahme neuer Gesellschafter erleichtert	1.22
1. Allgemeines	1.22
2. Ordentliche Kapitalerhöhung	1.23
3. Genehmigtes Kapital	1.24
4. Bedingtes Kapital	1.25
5. Genehmigtes bedingtes Kapital	1.27
6. Exkurs: Bezugsrecht bei der Kapitalerhöhung	1.28
7. Sonstige Finanzierungsformen	1.29
IV. Erleichterung der Anteilsübertragung	1.30
V. Zulassung des Erwerbs eigener Geschäftsanteile	1.31
VI. Einziehung von Anteilen möglich	1.33
VII. Erleichterung für Umlaufbeschlüsse statt Generalversammlung	1.34
VIII. Uneinheitliche Stimmabgabe	1.37
IX. Poison Pill: Frühe Aufsichtsratspflicht	1.40
X. Rechtsformwandelnde Umwandlung, Verschmelzung, Spaltung	1.42
XI. Vor- und Nachteile einer FlexCo im Vergleich zur GmbH und AG	1.44
XII. Wer kann eine FlexCo gründen?	1.48
XIII. Ist die Beteiligung ausländischer Investoren möglich?	1.52
XIV. Erforderliche Bewilligungen für die Gründung einer FlexCo	1.55
XV. Seit wann gibt es die FlexCo?	1.56

I. Start-Ups aufgepasst: Die Flexible Kapitalgesellschaft ist da

Start-Ups sind innovativ, dynamisch und wachsen schnell. Ein flexibler rechtlicher Rahmen ist wichtige Voraussetzung für ihre bestmögliche Entwicklung. Die bestehenden Kapitalgesellschaftsformen Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) und Aktiengesellschaft (AG) stellen Start-Ups verschiedene Hürden in den Weg. Die AG erfordert eine strenge Organisationsstruktur, etwa Formalerfordernisse für Hauptversammlungen, und hat hohe Kapitalanforderungen. Bei der GmbH bestehen beengende Formerfordernisse vor allem für die Gründung, für Anteilsübertragungen und manche Gesellschafter-

beschlüsse und wenig Möglichkeiten für die flexible Kapitalaufnahme oder Mitarbeiterbeteiligung.

In diesem Kontext entstand vor vielen Jahren bei Vertretern¹ der Szene, etwa aaiA (Austrian Angel Investors Association), AVCO (Austrian Private Equity & Venture Capital Organisation) (zusammen nun invest.austria) und AustrianStartups der Wunsch nach einer Reformierung des Gesellschaftsrechts. Diverse Stakeholder leisteten wichtige Vorarbeiten. Das Reformbestreben fand schließlich im aktuellen Regierungsprogramm Niederschlag. Nachdem zunächst von einer „kleinen AG“ und später von einer „Austrian Limited“ die Rede war,² führte der Gesetzgeber letztlich im Rahmen des Gesellschaftsrechts-Änderungsgesetzes 2023 eine neue, an die GmbH angelehnte neue Rechtsform, die Flexible Kapitalgesellschaft („FlexCo“)³ ein.

- 1.2** Das neue Gesetz zeichnet sich dadurch aus, dass zwar auf der bestehenden Rechtsform der GmbH aufgebaut wird, viele ihrer Grundelemente allerdings teilweise vereinfacht und um Elemente aus dem Aktienrecht, etwa flexible Kapitalmaßnahmen, den Erwerb eigener Anteile und die (Zwangs-)Einziehung von Anteilen, ergänzt werden. Zudem betritt der Gesetzgeber mit einer besonderen Kapitalbeteiligungsform (den Unternehmenswert-Anteilen) Neuland. Die neue Rechtsform wird im Flexible-Kapitalgesellschafts-Gesetz⁴ („FlexKapGG“) geregelt. Parallel zu den Änderungen im Gesellschaftsrecht werden durch das Start-Up-Förderungsgesetz⁵ steuerrechtliche Begünstigungen für Mitarbeiterbeteiligungen eingeführt.

Die Reform folgt den lange artikulierten Bedürfnissen der Praxis, baut zahlreiche rechtliche Hindernisse ab und schafft neue rechtliche Rahmenbedingungen. Während das neue Gesetz manchen zu weit geht, hätte der Gesetzgeber aus Sicht der Start-Ups noch mutiger sein können. In jedem Fall wagt er einen erheblichen Schritt vorwärts, der die Attraktivität Österreichs als Wirtschaftsstandort steigern wird. Die Prognose ist, dass erfolgreiche österreichische Start-Ups (Scale-Ups) dauerhaft in Österreich gehalten werden können, dass Österreich stärker als bisher auf der Landkarte für internationale Investments aufscheinen wird und österreichische Start-Ups im Wettbewerb um gut ausgebildete Mitarbeiter bessere Karten haben.

Das FlexKapGG hat die rechtsformspezifischen Regelungen der FlexCo in 29 Paragraphen geregelt. Im Übrigen verweist das Gesetz auf die für GmbHs geltenden Vorschriften

1 Um die einfache Lesbarkeit der Inhalte dieses Werks zu gewährleisten, wird auf geschlechtsspezifische Formulierungen verzichtet. Sämtliche verwendete personenbezogene Bezeichnungen in diesem Werk und allen eingebundenen Dokumenten sind geschlechtsneutral zu verstehen.

2 Im Auftrag des Wirtschaftsministeriums hatten *Johannes Reich-Rohrwig*, *Philipp Kinsky* und *Sixtus-Ferdinand Kraus* ein Gutachten über die zweckmäßige Konzeption der neuen Rechtsform erarbeitet, das schließlich auch in Buchform unter dem Titel „Austrian Limited“ veröffentlicht wurde. Zahlreiche dieser Vorschläge wurden nun vom Gesetzgeber in der neuen Rechtsform der Flexiblen Kapitalgesellschaft umgesetzt.

3 Der Gesetzgeber lässt als Bezeichnung und Rechtsformzusatz alternativ „Flexible Kapitalgesellschaft“, „FlexKapG“, „Flexible Company“ oder „FlexCo“ zu, § 2 FlexKapGG.

4 BGBl I 2023/179.

5 BGBl I 2023/200.

ten.⁶ Somit sind auf die FlexCo das GmbHG und andere für GmbHs geltende Rechtsvorschriften⁷ – soweit das FlexKapGG keine abweichenden Regelungen trifft – anzuwenden.⁸ Allerdings führt auch der pauschale Verweis auf das bestehende GmbH-Recht nicht immer zu stimmigen Ergebnissen, sodass der Gesetzanwender bei der Harmonisierung Fingerspitzengefühl beweisen muss.⁹

Für angehende Unternehmer, die eine FlexCo gründen wollen, ist vor allem in der Anfangsphase der neuen Rechtsform eine sachverständige rechtliche Beratung bei der Konzeption und Vertragsgestaltung unerlässlich. Denn aus den neuen Regeln ergeben sich zahlreiche neue Rechtsfragen. Was die Vertragsgestaltung betrifft, zeigt dies Buch an mehreren Stellen Gestaltungsmöglichkeiten auf und gibt Anregungen, die die Gesellschafter mit ihrem Rechtsberater erörtern und ein Einzelfall für die Errichtung des Gesellschaftsvertrags heranziehen können. **1.3**

Das vorliegende Werk kann eine konkrete Beratung nicht ersetzen, soll aber die Erkennung von Risiken und damit einhergehendem Beratungsbedarf im Vorfeld erleichtern und Start-Ups in die Lage versetzen, die richtigen Fragen zu stellen.

II. Einsatzbereiche der FlexCo

Eingangs sollen nun die möglichen Einsatzbereiche der FlexCo skizziert werden. **1.4**

Die Rechtsform der FlexCo steht für nahezu jede zulässige unternehmerische Tätigkeit zur Verfügung, wie etwa:

- für Handel, Dienstleistung und Produktion, sei es als Gewerbe- oder Industriebetrieb;
- für Freiberufler (wie zB Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, Rechtsanwälte, Ziviltechniker, Ärztegesellschaften);
- als Beteiligungs-Holding;
- als Besitzgesellschaft für Liegenschaften, Patent-, Marken-, Lizenz-, und Mietrechten;
- als Projektgesellschaft;
- als Auffangesellschaft für ein insolventes Unternehmen;
- als Komplementärin einer FlexCo & Co KG.

Als Kapitalgesellschaft mit grds beschränkter Haftung der Gesellschafter eignet sich die FlexCo für „Einpersonengesellschaften“ ebenso wie für Joint Ventures zwischen zwei oder mehreren Partnern (Gesellschaftern), für Familienunternehmen, für PPPs (Public Private Partnerships), für die öffentliche Hand zur Ausgliederung gewisser Vermögenswerte oder Funktionen (etwa als beliehener Unternehmer). Und ihre flexiblen Regelungen – insbesondere bei Kapitalmaßnahmen und Finanzierungen – machen die FlexCo weit attraktiver als die GmbH und als die mit weniger Vertragsfreiheit ausgestattete Aktiengesellschaft.¹⁰ **1.5**

6 § 1 Abs 2 FlexKapGG.

7 Wie etwa das Aktiengesetz, das Umwandlungsgesetz, das Spaltungsgesetz, das Gesellschafterauschlussgesetz, das Kapitalberichtigungsgesetz.

8 § 1 Abs 2 FlexKapGG.

9 Dazu K. Rastegar, *ecolex* 2023, 909.

10 Zu Tätigkeiten, die eine FlexCo allerdings nicht ausüben darf, siehe unten Rz 4.12.

- 1.6** Man kann eine FlexCo zum Zwecke der Neugründung eines Unternehmens gründen. Man kann aber ebenso eine bereits bestehende GmbH oder Aktiengesellschaft in eine FlexCo umwandeln. Bestehende Einzelunternehmen, offene Gesellschaften oder Kommanditgesellschaften können durch Einbringung als Sacheinlage oder durch Übertragung (Einbringung) der Gesellschaftsanteile¹¹ auf eine FlexCo übertragen werden. Das Umgründungssteuerrecht stellt für solche Vorgänge steuerliche Erleichterungen zur Verfügung, ebenso wie für Verschmelzungs-, Spaltungs- oder Umwandlungsvorgänge.

Kurzum: Die FlexCo ist die flexibelste Rechtsform für Unternehmen, die in Österreich derzeit existiert. Und dies gilt nicht nur für Start-Ups, sondern auch für bestehende Unternehmen, insbesondere, wenn diese flexible und rasch umsetzbare Finanzierungsmöglichkeiten anstreben.

III. Was kann die neue FlexCo – und was kann sie nicht?

- 1.7** Was kann die FlexCo also im Detail? Nachstehend sollen einige Möglichkeiten erörtert werden, die die FlexCo im Vergleich zur GmbH und im Vergleich zur Aktiengesellschaft bietet.

Dies sind insbesondere:

- eine erleichterte Mitarbeiterbeteiligung (siehe unten Rz 1.8 und im 8. Kapitel),
- ein niedriges Stammkapital (siehe Rz 1.17 und im 3. Kapitel),
- eine erleichterte und erweiterte Kapitalmaßnahmen (siehe unten Rz 1.20 und im 12. Kapitel),
- eine erleichterte Anteilsübertragung (siehe unten Rz 1.28 und im 7. Kapitel),
- die Zulässigkeit des Erwerbs „eigener Anteile“ (siehe unten Rz 1.30 und im 14. Kapitel),
- die Möglichkeit der Einziehung von Anteilen (siehe unten Rz 1.32 und im 14. Kapitel),
- Erleichterungen bei der schriftlichen Beschlussfassung der Gesellschafter im Umlaufweg (siehe unten Rz 1.33 und im 10. Kapitel), und
- die Möglichkeit der uneinheitlichen Stimmabgabe eines Gesellschafters (siehe unten Rz 1.39 und im 10. Kapitel).

Ein wesentlicher Nachteil der FlexCo ist allerdings die im Vergleich zur GmbH „früh“ eingreifende Pflicht zu Bestellung eines Aufsichtsrats (siehe unten Rz 1.41 und im 9. Kapitel).

A. Mitarbeiterbeteiligung – erleichtert und steuerlich begünstigt

1. Bisherige Rechtslage

- 1.8** Möchte ein Arbeitgeber seine Mitarbeiter derzeit an seinem Unternehmen (etwa einer GmbH) beteiligen, hat er bisher im Wesentlichen zwei Möglichkeiten, die beide nicht nur Vorteile haben und rechtlich kompliziert sind: Entweder er gewährt seinen Mitarbeitern eine „echte“ Beteiligung am Unternehmen und macht diese somit zu „echten“ stimmberechtigten Gesellschaftern, die ihm bei Beschlussfassungen „in den Rücken fallen“ oder zum „Zünglein an der Waage“ werden können, oder er bedient sich vertragli-

¹¹ Gemäß § 1201 ABGB und § 142 UGB.

cher Behelfskonstruktionen – wie etwa der Ausgabe von Genussrechten, von Phantom Shares oder der Beteiligung als stiller Gesellschafter – und bildet die Stellung eines Gesellschafters fiktiv nach. Gerade die Beteiligung als echter Gesellschafter ist in der Praxis allerdings oft unerwünscht, weil damit (teils als unangemessen empfundene) Mitsprache-, Einsichts- und Kontrollrechte einhergehen. Rein vertraglich vereinbarte Genussrechte oder Phantom Shares hingegen haben oftmals nicht dieselbe Anreizwirkung für Arbeitnehmer, weil sie eben doch keinen „echten Anteil“ am Unternehmen, sondern wieder bloß eine vertragliche Zusage darstellen, die aber noch nicht erfüllt ist, darstellen.

Zugleich wurden die bisher geltenden steuerlichen Regelungen und Möglichkeiten der Übertragung von Geschäftsanteilen als nachteilig empfunden: Sofern echte Geschäftsanteile verbilligt an Mitarbeiter ausgegeben werden, lösen die sofort(!) die volle Lohnsteuer aus, obwohl das Unternehmen später vielleicht scheitert und die zugeteilten Anteile niemals gewinnbringend verkauft werden können (Dry-income-Problematik).

Um diesen negativen Effekt zu vermeiden, behalf man sich in der Praxis meist mit rechtlich komplizierten Vermeidungskonstruktionen, wie etwa den oben erwähnten Phantom Shares.

2. Neues System der FlexCo

Um all diese Probleme zu adressieren, geht nun der Gesetzgeber mit der FlexCo nun einen neuen Weg: Spezifisch für die FlexCo – nicht allerdings für andere Rechtsformen, wie die GmbH oder Aktiengesellschaft – hat nun der Gesetzgeber eine **eigene Anteilsklasse** der „**Unternehmenswert-Anteile**“ eingeführt. Weiters hat er steuerliche Begleitregelungen geschaffen, die massive Vergünstigungen beim Erwerb und der Veräußerung dieser Unternehmenswert-Anteile bieten, die allerdings auch bei Mitarbeiterbeteiligungen in anderen Rechtsformen anwendbar sind. Was macht diese neuen Unternehmenswert-Anteile nun aus? **1.9**

Aus gesellschaftsrechtlicher Sicht ist die Rechtsstellung der Inhaber von Unternehmenswert-Anteilen dadurch gekennzeichnet, dass sie das Recht auf Teilnahme an Generalversammlungen und auf Verständigung von schriftlichen Abstimmungen haben. Ihnen steht in Generalversammlungen (aber auch nur in diesen) ein umfassendes Auskunfts- und Fragerecht und davor ein 14-tägiges Bucheinsichtsrecht zu. Sie haben allerdings **kein Stimmrecht** und auch **kein Recht zur Anfechtung von Gesellschafterbeschlüssen**. Ebenso wenig haben sie bei Kapitalerhöhungen ein Bezugsrecht auf neue Anteile. Eingriffe in die den Unternehmenswert-Beteiligten gesellschaftsvertraglich zugesicherte Rechtsposition bedürfen allerdings ihrer individuellen Zustimmung. **1.10**

Als besondere Absicherungsmaßnahme wurde den Unternehmenswert-Beteiligten beim Exit der Gründungsgesellschafter der FlexCo ein gesetzlich verbrieftes **Mitverkaufsrecht** und ein Verkaufsrecht bei Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses eingeräumt; das stellt sie somit viel besser als etwa normale Minderheitsgesellschafter, Genussrechtsinhaber oder stille Gesellschafter. **1.11**

Wenn es sich beim Unternehmenswert-Anteil um eine Mitarbeiterbeteiligung handelt, ist im Gesellschaftsvertrag auch festzulegen, an wen und zu welchen Konditionen Unternehmenswert-Anteile veräußert werden können, wenn das Arbeitsverhältnis endet. **1.12**

- 1.13** Wenngleich Unternehmenswert-Anteile typischerweise für Beteiligungsprogramme von Mitarbeitern gedacht (und auch insofern steuerlich begünstigt) sind, sind sie keineswegs auf diesen Personenkreis beschränkt: Vielmehr können Unternehmenswert-Anteile (ähnlich wie schon bisher „Genussrechte“ oder „stille Beteiligungen“) an jedermann (gleichgültig ob natürliche Person oder juristische Personen) ausgegeben werden, der dem Unternehmen Kapital zur Verfügung stellt und am Gewinn beteiligt sein will, ohne ein Haftungsrisiko zu tragen, allerdings um den Preis, keine Mitspracherechte zu haben.
- 1.14** Auch für den Fall des vorzeitigen Ausscheidens von Mitarbeitern sieht die FlexCo Regelungen vor, die heute bei Mitarbeiterbeteiligungsprogrammen oder Phantom Shares gängig sind: Üblicherweise ist eine gewisse Periode vorgesehen, die der Mitarbeiter im Unternehmen tätig sein muss, damit er die ihm zgedachten Anteile auch tatsächlich erwerben darf („Vesting Period“). Sollte ein Mitarbeiter das Unternehmen vor Ablauf der Vesting Period verlassen, so können bei der FlexCo die noch nicht „gevesteten“ Unternehmenswert-Anteile von der FlexCo „eingezogen“ werden. Dies muss lediglich im Gesellschaftsvertrag der FlexCo ausdrücklich vorgesehen sein.
- 1.15** Die Attraktivität der Ausgabe von Unternehmenswert-Anteilen an Mitarbeiter der FlexCo ist jedoch vor allem in den neu eingeführten steuerlichen Begleitmaßnahmen begründet: Diese enthalten zwar durchaus detailreiche Voraussetzungen.¹² Wenn man diese aber einhält, lässt sich die Dry-income-Problematik vermeiden: Die Zuteilung von Unternehmenswert-Anteilen an Mitarbeiter ist dann nicht sofort (also im Zeitpunkt der Zuteilung) als Vorteil aus dem Dienstverhältnis mit voller Progression zu versteuern, sondern erst im Zeitpunkt des gewinnbringenden Verkaufs der Anteile (also beim Exit), wobei größtenteils ein begünstigter Steuersatz gilt.¹³
- 1.16** Zu beachten ist allerdings: Unternehmenswert-Anteile dürfen nicht unbeschränkt, sondern nur in einem Volumen von weniger als 25% des Stammkapitals ausgegeben werden. Siehe zu Unternehmenswert-Anteilen im Detail im 8. Kapitel.

B. Stammkapital, Stückelung und Mindesteinzahlungen auf Anteile; Stückanteile

1. Stammkapital der FlexCo

- 1.17** Das „Stammkapital“ ist bei der FlexCo – ebenso wie bei der GmbH – der Grundstock an Bargeld bzw an Vermögenswerten, den die Gesellschafter anlässlich der Gründung¹⁴ der Gesellschaft dauerhaft zur Verfügung stellen müssen. Gleiches gilt für die Stammeinlagen von allfälligen Unternehmenswert-Beteiligten. Das Stammkapital ist Risikokapital. Es darf grds, sofern nicht besondere Gläubigerschutzmaßnahmen eingehalten werden, nicht an die Gesellschafter zurückgezahlt werden, und zwar weder in offener noch in verdeckter Form.¹⁵

¹² Siehe dazu im Detail unten Rz 8.51 ff.

¹³ Siehe dazu im Detail unten Rz 8.64 ff.

¹⁴ Dasselbe gilt später bei Kapitalerhöhungen; siehe dazu im Detail unten Rz 12.1 ff.

¹⁵ Zum gesellschaftsrechtlichen Verbot der Einlagenrückgewähr siehe unten Rz 6.54 ff. Zum Verbot der „verdeckten Ausschüttung“ im Steuerrecht siehe § 8 KStG.

Das gesetzliche Mindeststammkapital der FlexCo beträgt € 10.000,-. Die Stammeinlagen der Gesellschafter und die Stammeinlagen der Unternehmenswert-Beteiligten zusammen bilden das Stammkapital. Bei der Gründung sind Bareinlagen mit mindestens € 5.000,- sofort einzuzahlen.¹⁶ Als Stammeinlagen sind auch Sacheinlagen zulässig, wenn sie im Gesellschaftsvertrag festgesetzt werden.¹⁷ Wird die FlexCo ausschließlich mit Sacheinlagen gegründet, so entfällt das Erfordernis einer Bareinzahlung. Im Detail dazu siehe Rz 3.10 ff.

2. Stammeinlagen der Gesellschafter; Stückanteile; Teilbarkeit

Der von jedem Gesellschafter der FlexCo zu zahlende Teil des Stammkapitals, seine Kapitaleinlage, heißt „**Stammeinlage**“. Diese muss **mindestens einen Euro** betragen und kann grds auch auf „unrunde Beträge“, also zB € 1.234,56 lauten. Im Detail dazu siehe Rz 3.10 ff. **1.18**

Der Gesellschaftsvertrag der FlexCo kann (anders als bei einer GmbH, wo jeder Gesellschafter stets bloß einen einzigen, einheitlichen Geschäftsanteil hält) die Ausgabe von „**Stückanteilen**“ an Gesellschafter vorsehen; diese müssen auf **zumindest einen Euro** lauten und sind nicht teilbar. Sinnvoll sind Stückanteile vor allem dann, wenn im Zuge verschiedener Kapitalrunden unterschiedliche Anteilsklassen (Gattungen) mit unterschiedlichen Rechten (wie zB in Bezug auf Gewinn- und Liquidationspräferenzen, unterschiedliche Stimmrechte oder Sonderbezugsrechte bei Kapitalerhöhungen) ausgegeben werden sollen. Gesellschafter einer FlexCo können somit unterschiedliche Stückanteile mit unterschiedlichen Rechten halten. Im Detail dazu siehe Rz 7.6 ff. **1.19**

Anders als für die Rechtsform der GmbH¹⁸ sieht der Gesetzgeber für die FlexCo als Grundregel vor, dass **Geschäftsanteile an der FlexCo** – auch bei Übertragung unter Lebenden – **grds teilbar** sind, sofern der Gesellschaftsvertrag FlexCo nichts anderes bestimmt. Die „Grundregel“ ist also im Verhältnis zur GmbH genau umgekehrt.¹⁹ Dazu im Detail siehe Rz 7.18. **1.20**

3. Unternehmenswert-Anteile

Auch **Unternehmenswert-Beteiligte** müssen für die Unternehmenswert-Anteile Kapitaleinlagen leisten, die sofort voll einzuzahlen sind. Der gesetzliche **Mindestbetrag** für diese Stammeinlagen jedes Unternehmenswert-Beteiligten beträgt **ein Euro-Cent (€ 0,01)**. **1.21**

Anders als (echte) „Gesellschafter“ der FlexCo werden Unternehmenswert-Beteiligte nicht namentlich im Hauptbuch des Firmenbuchs eingetragen. Im Firmenbuch eingetragen wird nur die Summe der von den Unternehmenswert-Beteiligten gezeichneten und

¹⁶ Hinweis: Anlässlich der Einführung der FlexCo senkt der Gesetzgeber das Mindeststammkapital von GmbHs ganz generell auf € 10.000,-; für „gründungsprivilegierte“ GmbHs wird das gründungsprivilegierte Kapital zum neuen Stammkapital.

¹⁷ Zur Notwendigkeit der Prüfung von Sacheinlagen und zu „verdeckten Sacheinlagen“ siehe unten Rz 3.25 ff und Rz 3.28 ff.

¹⁸ § 79 GmbHG.

¹⁹ Bei einer Übertragung von Todes wegen (Vererbung, Vermächtnis) sind bei der FlexCo Geschäftsanteile, genauso wie bei der GmbH, grds teilbar, soweit der Gesellschaftsvertrag dies nicht anders regelt. Siehe § 79 GmbHG. Siehe dazu Rz 7.47.

geleisteten Stammeinlagen mit der neutralen Bezeichnung „Unternehmenswert-Anteile“. Jedoch müssen die Geschäftsführer der FlexCo jährlich eine Namensliste der Unternehmenswert-Beteiligten zum Firmenbuch einreichen. Diese ist in die Urkundensammlung des Firmenbuchs aufzunehmen und somit für jedermann einsehbar. Zu Unternehmenswert-Anteilen siehe im Detail im 8. Kapitel.

C. Kapitalmaßnahmen und Aufnahme neuer Gesellschafter erleichtert

1. Allgemeines

- 1.22** Für die FlexCo hat der Gesetzgeber das starre Korsett, das für GmbHs gilt, verlassen und lässt neben der „ordentlichen Kapitalerhöhung“ auch weitere Formen der Kapitalerhöhung zu, wie sie im Aktienrecht längst etabliert sind. Diese Formen der Kapitalerhöhung haben für Finanzierungen der Gesellschaft besondere Bedeutung: So sind bei der FlexCo Kapitalerhöhungen durch „**genehmigtes Kapital**“, durch „**bedingtes Kapital**“ und durch „**genehmigtes bedingtes Kapital**“ zulässig.²⁰ Auch wird die Ausgabe von Finanzierungsinstrumenten, bei denen den Gläubigern ein Umtausch- oder Bezugsrecht auf Anteile eingeräumt wird oder bei denen Gläubigern Gewinnanteile gewährt werden (zB Wandel- oder Gewinnschuldverschreibungen), sowie von Genussrechten ermöglicht. Damit wurde der FlexCo ein Instrumentarium an die Hand gegeben, um auf Finanzierungserfordernisse flexibel reagieren und diese rasch umsetzen zu können.

Worin liegen nun die Unterschiede?

2. Ordentliche Kapitalerhöhung

- 1.23** Charakteristikum der „ordentlichen Kapitalerhöhung“ ist, dass diese von den Gesellschaftern zu beschließen und sodann zeitnah durchzuführen ist.

Bei der „ordentlichen Kapitalerhöhung“ haben alle bisherigen Gesellschafter („Altgesellschafter“) grds das Recht an der Kapitalerhöhung teilzunehmen (**Bezugsrecht**) und nach einem Kapitalerhöhungsbeschluss grds vier Wochen Zeit, dieses Recht auszuüben. Dies erfolgt durch Abgabe einer „Übernahmeerklärung“ mit der Verpflichtung, die erhöhte Stammeinlage zu leisten. Eine Teil-Einzahlung der Kapitalerhöhungsbeträge, mindestens zu einem Viertel, ist zulässig. Wenn der Kapitalerhöhungsbeschluss dies festsetzt, ist zusätzlich zur Stammeinlage auch ein Aufgeld (Agio) zu leisten.²¹

Die „Übernahmeerklärungen“ der Zeichner der Kapitalerhöhung können bei der FlexCo – im Unterschied zur GmbH – auch in Form **anwaltlicher oder notarieller Privaturkunden**²² abgegeben werden.²³ Siehe dazu im Detail im 12. Kapitel.

²⁰ Siehe dazu im Detail unten Rz 13.1 ff.

²¹ Ein solches Agio spielt vor allem bei Finanzierungsrunden eine Rolle, bei denen der innere Wert des Unternehmens höher als der Nennbetrag des Stammkapitals (also etwa bloß € 10.000,-) ist oder höher eingestuft wird. Neu eintretende Gesellschafter müssen in diesen Fällen zusätzlich zum Nennbetrag der neuen Stammeinlagen auch das Aufgeld (Agio) bezahlen.

²² Dazu siehe im einzelnen unten Rz 7.12 ff.

²³ Nach Einzahlung der Bar- bzw Sacheinlagen durch die Zeichner der Kapitalerhöhung müssen die Geschäftsführer die Kapitalerhöhung zur Eintragung in das Firmenbuch anmelden. Mit erfolgter Eintragung werden die Zeichner der Kapitalerhöhung mit den nunmehrigen Stammeinlagen Ge-

3. Genehmigtes Kapital

Beim „**genehmigten Kapital**“ fassen die Gesellschafter einen Gesellschafterbeschluss, mit welchem sie die **Geschäftsführung** im Vorhinein zur Durchführung einer Kapitalerhöhung und zur Ausgabe neuer Geschäftsanteile und/oder Unternehmenswert-Anteile – ohne weiteren Gesellschafterbeschluss – **ermächtigen**. Diese Ermächtigung heißt „genehmigtes Kapital“ und kann schon bei Gesellschaftsgründung, aber auch später durch Änderung des Gesellschaftsvertrages (mit Dreiviertel-Stimmenmehrheit) beschlossen werden.²⁴ Die Ermächtigung zur Ausgabe neuer Anteile ist allerdings sowohl der Höhe als auch der Dauer nach beschränkt: So ist das genehmigte Kapital gesetzlich mit der Hälfte des Betrages des Stammkapitals²⁵ limitiert und die Ermächtigung selbst ist auf eine Dauer von maximal fünf Jahren zu beschränken.²⁶

1.24

Die Ermächtigung der Geschäftsführung zur Ausgabe von genehmigtem Kapital bedeutet einerseits eine sehr große Flexibilität der Geschäftsführung bei der Beschaffung von Eigenkapital, andererseits eine enorme „Machtfülle“ der Geschäftsführung und birgt potentielle Risiken für die Altgesellschafter: Denn die Geschäftsführung kann dann ohne weitere Zustimmung der Gesellschafter neue Geschäftsanteile ausgeben. Konkret bedeutet das:

- Falls den Altgesellschaftern ein Bezugsrecht zusteht, geraten diese unter Zugzwang, da sie die Kapitalerhöhung anteilig zeichnen (und somit weiteres Kapital zuschießen) müssen, um eine „Verwässerung“ zu vermeiden. Denn nur so können sie verhindern, dass sich ihr Anteil am Stammkapital verringert und ihre Beteiligungsquote unter die für die Ausübung von Minderheitsrechten relevante Quote von 33,3%, 10% oder 5% sinkt²⁷ und sie eventuell auch ihre „Sperrminorität“ verlieren.
- Falls das genehmigte Kapital auch zum Ausschluss des Bezugsrechts der Altgesellschafter ermächtigt, hat die Geschäftsführung freie Hand, den Kreis der Gesellschafter zu erweitern, indem sie die neuen Anteile ausschließlich an neue Gesellschafter ausgibt. Dies birgt nicht nur die oben beschriebene Gefahr der Verwässerung der Altgesellschafter (und damit einhergehend das Risiko des Verlusts ihrer Minderheitenrechte), sondern ermöglicht es der Geschäftsführung sogar, die Zusammensetzung der Gesellschafter aktiv und allenfalls gegen den Willen der Altgesellschafter zu beeinflussen.²⁸ Im Detail dazu siehe Rz 13.2 ff.

sellschafter der FlexCo oder, wenn sie schon bisher Gesellschafter waren, erhöhen sich ihre bisherigen Stammeinlagen.

24 Soll die Geschäftsführung auch zur Ausgabe der neuen Anteile gegen Sacheinlagen und/oder zum Ausschluss des Bezugsrechts der „Altgesellschafter“ ermächtigt werden, so ist dies in der Tagesordnung der Generalversammlung ausdrücklich anzukündigen und im Ermächtigungsbeschluss ausdrücklich festzulegen.

25 Wie es zur Zeit der Ermächtigung vorhanden ist.

26 Sofern der Inhalt der auszugebenden Geschäftsanteile/Unternehmenswert-Anteile nicht im Ermächtigungsbeschluss festgelegt wurde, entscheidet darüber die Geschäftsführung. Ist ein Aufsichtsrat vorhanden, ist dessen Zustimmung sowohl für die Ausgabe der neuen Anteile als auch zu einem Bezugsrechtsausschluss erforderlich.

27 Zu den Minderheitsrechten siehe im Detail unten Rz 6.5.

28 Wird genehmigtes Kapital gegen Einbringung von Sacheinlagen ausgegeben, die überbewertet werden, so birgt dies für die übrigen Gesellschafter zudem das Risiko ihrer subsidiären Mithaftung für den Betrag der Überbewertung. Dieses Risiko besteht für die übrigen Gesellschafter

4. Bedingtes Kapital

- 1.25** Beim „**bedingten Kapital**“ wird eine Kapitalerhöhung vom künftigen Eintritt bestimmter Bedingungen abhängig gemacht und bloß bei deren Eintritt durchgeführt. Konkret geht es um die Ausgabe von Geschäftsanteilen im Falle der Ausübung eines zuvor gegenüber Dritten eingeräumten unentziehbaren Umtausch- oder Bezugsrechts, von Finanzierungsinstrumenten, zur Vorbereitung des Zusammenschlusses von Unternehmen oder gegenüber Mitarbeitern als Anteilsoption eingeräumt wurde. Es handelt sich beim „bedingten Kapital“ somit um eine zweckgebundene Kapitalerhöhung, die entweder schon im Gründungsgesellschaftsvertrag oder später durch satzungsändernden Gesellschafterbeschluss beschlossen wird.²⁹
- 1.26** Das Gesetz lässt drei Fälle der bedingten Kapitalerhöhung zu (§ 19 Abs 2 FlexKapGG):
- zur Gewährung von Umtausch- oder Bezugsrechten an Gläubiger von Finanzierungsinstrumenten der FlexCo mit entsprechenden Rechten (wie zB aus Wandelschuldverschreibungen, Optionsschuldverschreibungen, siehe § 19 Abs 2 Z 1 iVm § 22 FlexKapGG);
 - zur Vorbereitung eines Zusammenschlusses mehrerer Unternehmen (§ 19 Abs 2 Z 2 FlexKapGG), sowohl durch Verschmelzung als auch durch Kapitalerhöhung gegen Sacheinlage von Beteiligungen an anderen Unternehmen;
 - zur Einräumung von Anteilsoptionen an Arbeitnehmer, leitende Angestellte, sowie Mitglieder der Geschäftsführung und des Aufsichtsrats der Gesellschaft oder eines mit ihm verbundenen Unternehmens (§ 19 Abs 2 Z 3 FlexKapGG).

Im Detail dazu siehe Rz 13.19 ff.

5. Genehmigtes bedingtes Kapital

- 1.27** Schließlich lässt das Gesetz auch eine Mischform zwischen „genehmigtem Kapital“ und dem „bedingtem Kapital“ zu, die allgemein kurz als „**genehmigtes bedingtes Kapital**“ bezeichnet wird: Die Gesellschafter können insofern die Geschäftsführung³⁰ zur Durchführung einer bedingten Kapitalerhöhung für die Einräumung von Anteilsoptionen an Arbeitnehmer, leitende Angestellte und Mitglieder der Geschäftsführung bis zu einem bestimmten Betrag ermächtigen. Eine Ermächtigung für andere Zwecke ist unzulässig. Die bei Ausübung der Option neu auszugebenden Anteile werden sodann aus dem be-

gleichermaßen auch dann, wenn die Kapitalerhöhung gegen Einlagen erfolgt, diese allerdings nicht sofort zur Gänze geleistet werden: Denn für die ausständigen Stammeinlagen trifft die übrigen Gesellschafter eine gesetzliche Ausfallhaftung; nur die Inhaber von Unternehmenswert-Anteilen sind von dieser subsidiären Ausfallhaftung explizit ausgenommen (§ 9 Abs 2 FlexKapGG).

- 29 Der Beschluss über die bedingte Kapitalerhöhung muss deren Zweck, den Kreis der Bezugsberechtigten sowie den Ausgabebetrag oder die Grundlage für dessen Berechnung angeben (§ 19 Abs 3 FlexKapGG). Die bedingte Kapitalerhöhung gegen Sacheinlagen ist zulässig; sie setzt allerdings voraus, dass sie schon in der Einberufung der Generalversammlung ausdrücklich und fristgemäß angekündigt wurde. Die Vorschriften über die Sachgründung einschließlich der Differenzhaftung bei Überbewertung von Sacheinlagen, sind sinngemäß anwendbar.
- 30 Durch einen (den Gesellschaftsvertrag ändernden) Gesellschafterbeschluss oder schon im Gründungsgesellschaftsvertrag.