

Ergänzung

zum Beitrag *Rieder/Schmidt/Raisch/Maizar*, Rechtliche Grundlagen für Startup Investments, in: *Artner/Kreutzer* (Hrsg), Startup Investing, 2. Auflage, ISBN: 978-3-7143-0376-6

FlexKapG – was bringt die neue Gesellschaftsform?

Bernhard Rieder und Lukas Schmidt

1. Einleitung

Nach langer Anlaufphase trat am 1.1.2024 das Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz 2023 (GesRÄG 2023) in Kraft, mit dem die von der österreichischen Startup-Szene geforderte Flexibilisierung des österreichischen Gesellschaftsrechts eingeleitet wurde. Diese Flexibilisierung wird durch die Einführung einer neuen Rechtsform, der Flexiblen Kapitalgesellschaft (kurz FlexKapG oder FlexCo), umgesetzt. Die Flexible Kapitalgesellschaft baut auf den Regelungen des GmbH-Rechts auf und modifiziert diese in den ausgewählten Bereichen.

2. Gründung, Geschäftsanteile und Stimmrechte

Grundsätzlich bedarf auch die Gründung einer FlexKapG der Beiziehung eines Notars. Die Gründung der FlexKapG kann, wie bei der GmbH, vereinfacht erfolgen, wenn die Voraussetzungen des § 9a GmbHG erfüllt sind (dh eine natürliche Person als Alleingesellschafter und einziger Geschäftsführer gründet eine GmbH, ein Kreditinstitut stellt seine Identität fest und die Errichtungserklärung ist auf den Mindestinhalt gem § 4 Abs 1 GmbHG beschränkt). Die Firma der FlexKapG hat den Rechtsformzusatz „FlexKapG“ oder „FlexCo“ zu enthalten.

Durch das GesRÄG 2023 beträgt das Mindeststammkapital der GmbH und auch der FlexKapG € 10.000. Im Unterschied zur GmbH beträgt die Mindeststammeinlage bei der FlexKapG € 1 (GmbH: € 70).

2.1. Geschäftsanteile

In der internationalen Praxis der Finanzierung von Startups ist es üblich, dass Investorinnen und Investoren verschiedener Finanzierungsrunden unterschiedliche Rechte eingeräumt werden.¹ Bisher war es nach § 75 Abs 2 GmbHG nicht möglich, Geschäftsanteilen unterschiedliche Rechte zuzuweisen. § 13 FlexKapGG sieht nun die Möglichkeit der Einführung von Stückanteilen vor. Dh Geschäftsanteile können in Stammeinlagenanteile von zumindest jeweils € 1 Nennbetrag (Stückanteile) gestückelt werden und jeder Gesellschafter und jede Gesellschafterin kann mehrere Stückanteile gleicher oder unterschiedlicher Gattung halten und auch getrennt darüber verfügen. Die konkrete Ausgestaltung der Stückanteile überlässt § 13 FlexKapGG den Gesellschaftern.

¹ *Rieder/Schmidt* in *Artner/Kreutzer*, Startup Investing² 333 f; *Reich-Rohrwig/Kinsky/Kraus*, Austrian Limited, 127.

2.2. Geteilte Stimmrechte

Es ist nicht möglich, das mit einem GmbH-Geschäftsanteil verbundene Stimmrecht uneinheitlich auszuüben.² In der Praxis war diese Situation etwa dann unbefriedigend, wenn die Anteile mehrerer Investierender treuhändig gehalten wurden und diese sich nicht einig waren, wie das Stimmrecht aus dem treuhändisch gehaltenen Geschäftsanteil ausgeübt werden sollte.³ § 8 FlexKapGG sieht demgegenüber vor, dass das Stimmrecht aus einem Geschäftsanteil an einer FlexKapG uneinheitlich ausgeübt werden kann.

2.3. Erleichterungen bei Umlaufbeschlüssen

Anders als nach § 34 Abs 1 GmbHG ist für eine Abstimmung der Gesellschafter im schriftlichen Umlaufweg nicht das Einverständnis aller Gesellschafter erforderlich. Allen Gesellschafterinnen und Gesellschaftern muss allerdings die Teilnahme an der Abstimmung möglich sein. Weiters werden Beschlussfassungen dadurch erleichtert, dass für eine wirksame Stimmabgabe die Einhaltung der Textform (dh zB E-Mail) ausreicht.⁴

3. Eigene Geschäftsanteile

Im Unterschied zum GmbH-Recht sieht § 15 FlexKapGG die Möglichkeit des Erwerbs eigener Geschäftsanteile in Anlehnung an die Regelungen aus dem Aktienrecht (§§ 65 ff AktG) vor. Eine FlexKapG kann eigene Geschäftsanteile insb (i) unentgeltlich, (ii) durch Gesamtrechtsnachfolge, (iii) zur Entschädigung von Minderheitsgesellschaftern, (iv) aufgrund eines Generalversammlungsbeschlusses zur Einziehung von Geschäftsanteilen sowie (v) aufgrund eines Generalversammlungsbeschlusses oder einer Ermächtigung der Generalversammlung erwerben. Selbiges gilt für die durch das FlexKapGG neu geschaffenen Unternehmenswert-Anteile, etwa falls eine Mitarbeiterin oder ein Mitarbeiter aus dem Unternehmen ausscheidet.

In den Fällen (iv) und (v) sowie dem Erwerb von Unternehmenswert-Anteilen muss der Erwerbspreis aus frei ausschüttbarem Vermögen der Gesellschaft finanziert werden können.

Die mit den von der FlexKapG erworbenen oder bereits besessenen eigenen Geschäftsanteilen verbundenen Stammeinlagen dürfen insgesamt ein Drittel des Stammkapitals nicht übersteigen.

Sowohl der Erwerb als auch die Veräußerung von eigenen Geschäftsanteilen bedarf eines Beschlusses der Generalversammlung mit einer Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen (sofern im Gesellschaftsvertrag keine andere Mehrheit festgesetzt ist).

4. Flexiblere Kapitalmaßnahmen

Eine der zentralen Forderungen der Startup-Szene war die Flexibilisierung der Kapitalmaßnahmen in Anlehnung an das AktG. Dieser Forderung wurde durch die Möglichkeit einer bedingten Kapitalerhöhung sowie der Schaffung von genehmigtem Kapital Rechnung getragen.

2 OGH RIS-Justiz RS0127332; zur Lit vgl nur *Enzinger in Straube/Ratka/Rauter WK GmbHG* § 39 Rz 36 ff.

3 *Reich-Rohrwig/Kinsky/Kraus, Austrian Limited*, 125 f; von Teilen der Literatur wurde aber schon bisher die uneinheitliche Stimmabgabe bei Treuhandverhältnissen befürwortet, so etwa *Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht*² 4/293 mwN.

4 § 7 FlexKapGG; zur Textform siehe *Schopper in Artmann/Karollus, AktG* 1⁶ § 13 Rz 19 f; *Micheler in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG*³ § 13 Rz 9.

4.1. Bedingte Kapitalerhöhung

Eine bedingte Kapitalerhöhung ist gem § 19 FlexKapGG zulässig für die:

- Gewährung von Umtausch- oder Bezugsrechten an Gläubiger von Finanzierungsinstrumenten mit entsprechenden Rechten;
- Vorbereitung des Zusammenschlusses mehrerer Unternehmungen; und
- Einräumung von Anteilsoptionen an Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, leitende Angestellte und Mitglieder der Geschäftsführung und des Aufsichtsrats der Gesellschaft (einschließlich genehmigten bedingten Kapitals zur Bedienung von Optionsprogrammen).

Die Regelungen sind an die §§ 159 ff AktG angelehnt, sehen aber im Detail Abweichungen vor. Die Höchstgrenzen eines bedingten Kapitals bei der AG (va 50 % des bisherigen Grundkapitals sowie 10 % bzw 20 % bei Mitarbeiterbeteiligungen) sind etwa bei der FlexKapG nicht vorgesehen.⁵

Neu ist, dass die Ausübung des Bezugsrechts entweder in Form eines Notariatsakts oder einer durch einen Notar oder Rechtsanwalt gem § 12 FlexKapGG errichteten Urkunde erfolgen kann. Auch kann in einer Übernahmeerklärung bereits die Übernahme weiterer Anteile im Rahmen eines Stufenplans erklärt werden. Bei einer solchen stufenweisen Übernahme von Anteilen bedarf nur der Stufenplan selbst, nicht aber die Übernahme der Anteile der Errichtung eines Notariatsakts bzw einer Urkunde nach § 12 FlexKapGG.

Die bedingte Kapitalerhöhung wird nicht erst mit Eintragung im Firmenbuch, sondern bereits mit Abschluss des Übernahmevertrags wirksam. Voraussetzung dafür ist die volle Leistung des Gegenwerts der ausgegebenen Geschäftsanteile. Die Kapitalerhöhung ist sodann spätestens innerhalb eines Monats nach Ablauf des Geschäftsjahres zur Eintragung anzumelden.

4.2. Genehmigtes Kapital

§ 21 FlexKapGG sieht die Schaffung von genehmigtem Kapital vor. Va zur Umsetzung der in der Praxis gängigen Strukturierung von Startup-Finanzierungen in Form von Tranchen, die an die Erreichung bestimmter Milestones geknüpft sind, bietet genehmigtes Kapital eine flexible und ressourcenschonende Umsetzungsmöglichkeit. Die Regelungen lehnen sich stark an jene des AktG an (die diesbezügliche Ermächtigung der Geschäftsführung ist für fünf Jahre gültig; genehmigtes Kapital darf die Hälfte des Stammkapitals im Zeitpunkt der Ermächtigung nicht übersteigen).

5. Erweiterte Aufsichtsratspflicht

Anders als bei der GmbH ist bei der FlexKapG neben den Fällen des § 29 GmbHG zwingend ein Aufsichtsrat einzurichten, wenn die Gesellschaft zumindest als mittelgroße Gesellschaft gemäß § 221 Abs 2 UGB eingestuft wird und daher prüfpflichtig ist.

6. Auflockerung von Formgeboten

Zur Reduktion des administrativen Aufwands, der Transaktionskosten und zur Angleichung an die internationalen Gepflogenheiten bei Startup-Finanzierungsrunden sieht § 12 FlexKapGG vor, dass für Rechtsgeschäfte betreffend die Übertragung von Geschäftsanteilen sowie für Übernahms-

⁵ Vgl *Rieder*, Der Ministerialentwurf zur Einführung der Flexiblen Kapitalgesellschaft (GesRÄG 2023), RdW 2023/344.

erklärungen iZm Kapitalerhöhungen oder genehmigtem Kapital kein Notariatsakt mehr notwendig ist. Ausreichend ist, dass ein Notar oder Rechtsanwalt über das jeweilige Rechtsgeschäft eine Urkunde errichtet und die Parteien entsprechend den Vorgaben des § 12 FlexKapGG belehrt.

7. Unternehmenswert-Anteile

Startups haben (zur Motivation der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter und aufgrund der typischerweise angespannten Liquiditätssituation) ein besonderes Bedürfnis, Mitarbeitenden anstelle von hohen Gehaltsbezügen Anteile am Unternehmen zu gewähren. Dadurch sollen die Mitarbeitenden an der Wertsteigerung, zu der sie beigetragen haben, partizipieren. Bisher war dies nur über klassische Geschäftsanteile oder Substanzgenussrechte (sog Phantom Shares) möglich. Die Gewährung klassischer Geschäftsanteile kam oftmals aufgrund der damit verbundenen Stimmrechtsgewährung an die Mitarbeitenden nicht in Frage und Substanzgenussrechte waren mit recht hohem administrativem Aufwand und nachteiligen rechtlichen (bloß schuldrechtliche Ansprüche) und steuerlichen Folgen/Risiken behaftet.

Zur Lösung dieses Problems wurden sog Unternehmenswert-Anteile eingeführt, die eine Mitarbeiterbeteiligung auf gesellschaftsrechtlicher Ebene ermöglichen. Für sie gelten grundsätzlich die Regelungen über Geschäftsanteile. Die wichtigsten Besonderheiten sind:⁶

- Die Ausgabe von Unternehmenswertanteilen muss im Gesellschaftsvertrag vorgesehen sein.
- Die Stammeinlage muss mindestens 1 Cent betragen und sie ist in voller Höhe zu leisten.
- Unternehmenswert-Anteile dürfen nur im Ausmaß von weniger als 25% des Stammkapitals ausgegeben werden.
- Inhaber von Unternehmenswert-Anteilen trifft keine Ausfallhaftung und keine Nachschusspflicht.
- Unternehmenswert-Anteilen steht grundsätzlich kein Bezugsrecht bei Kapitalerhöhungen und kein Stimmrecht zu (davon unberührt sind Informations- und Auskunftsrechte), sie partizipieren aber zwingend am Liquidationserlös und am Bilanzgewinn.
- Für die Übernahme und die Übertragung von Unternehmenswert-Anteilen ist die Schriftform ausreichend.
- Im Firmenbuch werden die Inhaberinnen und Inhaber von Unternehmenswert-Anteilen nicht eingetragen, dies erfolgt nur im Anteilsbuch und in zum Firmenbuch einzureichenden Listen.
- Eine Umwandlung von Unternehmenswert-Anteilen in Geschäftsanteile ist möglich.
- Als Voraussetzung für die Ausgabe von Unternehmenswert-Anteilen ist im Gesellschaftsvertrag ein Mitverkaufsrecht gem § 10 FlexKapGG vorzusehen.
- Um der bisherigen Dry-Income-Problematik⁷ entgegenzuwirken, sind Unternehmenswert-Anteile abgabenrechtlich begünstigt. Der geldwerte Vorteil aus der Gewährung von Unternehmenswert-Anteilen wird gemäß den steuerlichen Bestimmungen erst im Zeitpunkt der Veräußerung besteuert. Weiters erfolgt die Besteuerung solcher geldwerten Vorteile insofern begünstigt, als 75% mit einem Sondersteuersatz von 27,5% und 25% mit progressivem ESt-Tarif besteuert werden.⁸

6 § 9 f FlexKapGG; *Durstberger/Rieder*, Unternehmenswertanteile und Gesellschaftsvertragsgestaltung, RdW 2024, 160.

7 „Dry Income“ bedeutet, dass Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer Einkommensteuer auf den Wert der erhaltenen Anteile zahlen müssen, obwohl sie dafür keine liquiden Mittel erhalten haben (Liquiditätsproblem).

8 § 67a EStG. Auf die Themenkomplexe Lohnnebenkosten und Sozialversicherungsbeiträge wird in dieser Übersicht nicht eingegangen.