

**Bundesgesetz über die Flexible Kapitalgesellschaft
oder Flexible Company
(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.

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.

Übersicht

I. Begriff und Wesen der Flexiblen Kapitalgesellschaft	1–4
II. Subsidiäre Geltung der auf die GmbH anwendbaren Bestimmungen	5, 6
III. Eigene Rechtsform, Hybridform oder doch Rechtsformvariante der GmbH?	7–10
IV. Umgründungen unter Beteiligung einer FlexKapG	
A. Verschmelzung	11, 12
B. Spaltung	13, 14
C. Umwandlungen nach dem UmwG	15
D. Grenzüberschreitende Umgründungen	16–18
V. Erlaubte und unerlaubte Zwecke	
A. Erlaubte Zwecke	19, 20
1. Freiberufliche Tätigkeiten	21–26
2. Bankgeschäfte	27, 28
3. Finanzdienstleistungen	29–34
B. Unerlaubte Zwecke	35–39
VI. Gründung einer FlexKapG	
A. Allgemeines	40–42
B. Gründungsschritte	43

I. Begriff und Wesen der Flexiblen Kapitalgesellschaft

- 1 Gem § 1 Abs 1 ist die Flexible Kapitalgesellschaft (FlexKapG) eine **Kapitalgesellschaft**, die nach Maßgabe der Bestimmungen des FlexKapGG zu **jedem gesetzlich zulässigen Zweck** durch **eine oder mehrere Personen** gegründet werden kann. Blickt man auf den Wortlaut von § 1 wird klar, dass dieser großteils aus § 1 Abs 1 GmbHG entnommen wurde; lediglich die Aufnahme des Begriffs „*Kapitalgesellschaft*“ stellt hier eine Neuerung dar. Auf die Legaldefinition der AG in § 1 AktG wurde abgesehen von der Überschrift kein Rückgriff genommen. Die historische Gesetzgeberin des GmbHG hatte bewusst auf eine Legaldefinition verzichtet und diese Aufgabe der rechtswissenschaftlichen Forschung überlassen.¹
- 2 Das **Wesen** der FlexKapG ergibt sich aus den **Regelungen des FlexKapGG** und (zum überwiegenden Teil) aus den einschlägigen **Bestimmungen des GmbHG**. Die FlexKapG ist eine aus einer (Ein-Personen-FlexKapG) oder mehreren Gesellschafterinnen (§ 1 Abs 1) bestehende, auf Gesellschaftsvertrag beruhende (§ 3 Abs 1 Z 1 GmbHG iVm § 1 Abs 2), mit konstitutiver Eintragung im Firmenbuch entstehende (§ 2 Abs 1 GmbHG iVm § 1 Abs 2) **juristische Person und Kapitalgesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit** (§ 61 Abs 1 GmbHG iVm § 1 Abs 2), deren Gesellschafterinnen mit Stammeinlagen auf das in Geschäftsanteile zerlegte Stammkapital (§ 3 iVm § 6 Abs 1 GmbHG iVm § 1 Abs 2) (bzw als Unternehmenswert-Beteiligte mit Stammeinlagen auf die Unternehmenswert-Anteile [§ 9]) beteiligt sind und den Gläubigern der Gesellschaft für deren Verbindlichkeiten **nicht persönlich haften** (§ 61 Abs 2 GmbHG iVm § 1 Abs 2).² Wie bei allen Kapitalgesellschaften handelt es sich bei der FlexKapG um eine von ihren Mitgliedern losgelöste **Körperschaft**, die als juristische Person ein Eigenleben führt und durch ihre (von den Gesellschafterinnen zu bestellenden) Organe (**Drittorganschaft**) handelt.³
- 3 Das kapitalgesellschaftsrechtliche **Trennungsprinzip** und die **Haftungsbeschränkung** kommen bei der FlexKapG genauso zur Anwendung wie bei der GmbH. Diese Rechtsinstitute sind auch bei der FlexKapG elementare Wesensbestandteile. Entsprechend kommen bei der FlexKapG – als Gegen-

1 EBRV 236 BlgHH XVII. GP 55.

2 Vgl zu verschiedenen Definition der GmbH bspw *Gellis/Feil*, GmbHG⁷ (2009) § 1 Rz 1; *Kastner*, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts⁴ (1983) 263; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts⁵ (1990) 338; *Nowotny in Kals/Nowotny/Schauer* (Hrsg), Österreichisches Gesellschaftsrecht² (2017) Rz 4/22; *Enzinger in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 1 Rz 7 (Stand 1.8.2020, rdb.at); *Straube/Ratka in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG Einführung Rz 2 (Stand 1.8.2020, rdb.at); *A. Winkler/M. Winkler in H. Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer* (Hrsg), GmbHG (2017) § 1 Rz 2; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht⁴ (2002) 983.

3 Vgl *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵ 36.

gewicht zum Trennungsprinzip⁴ – die zwingenden GmbH-rechtlichen **Regelungen zur Kapitalerhaltung** zur Anwendung (§§ 82 f GmbHG iVm § 1 Abs 2).⁵ Der Grundsatz der Kapitalerhaltung besagt, dass Gewinne einer Kapitalgesellschaft den Gesellschafterinnen zustehen, während ansonsten ein Transfer von Vermögen der Kapitalgesellschaft an ihre Gesellschafterinnen prinzipiell verboten ist.⁶ Die Kapitalerhaltung erfasst nicht nur das Stammkapital, sondern das gesamte Vermögen der Gesellschaft, somit gebundenes und ungebundenes Kapital wie auch stille Reserven, einschließlich eines noch nicht ordnungsgemäß ermittelten und förmlich festgestellten sowie des aus früheren Geschäftsjahren vorgetragenen Bilanzgewinns.⁷

Als Kapitalgesellschaft unterliegt die FlexKapG jedenfalls dem 3. Buch des UGB und ist somit zwingend nach § 189 Abs 1 Z 1 UGB **rechnungslegungspflichtig**. Darüber hinaus ist die FlexKapG (auch ohne explizite Nennung in § 2 UGB) **Unternehmerin kraft Rechtsform**. Als Rechtsformvariante der GmbH (s Rz 7 ff) ist sie von der Nennung der GmbH mitumfasst; die Anwendbarkeit ergibt sich im Übrigen auch aus § 1 Abs 2. **4**

II. Subsidiäre Geltung der auf die GmbH anwendbaren Bestimmungen

Gibt es im FlexKapGG keine besonderen bzw abweichenden Regelungen, so sind auf die FlexKapG die **für GmbH geltenden Bestimmungen** anzuwenden (§ 1 Abs 2). Damit kommen auf die FlexKapG nicht nur die Bestimmungen des GmbHG selbst zur Anwendung, sondern es sind vielmehr grds **alle** für die GmbH geltenden Regelungen anwendbar.⁸ Nach den Mat sollte durch diese Regelungstechnik gewährleistet werden, dass die FlexKapG auf die **bewährten Qualitätsmerkmale** der GmbH zurückgreifen und auch auf **uni-onsrechtlicher Ebene** alle Vorteile einer österreichischen GmbH genießen kann.⁹ Für die FlexKapG gelten somit sowohl die Regelungen des **GmbHG** als auch solche in **anderen Gesetzen** (welche die GmbH betreffen) und ferner ebenfalls **ungeschriebenes GmbH-Recht**. Im Einzelfall kann sich Abweichendes aber mE aus dem Telos der jeweiligen auf die GmbH anwendbaren **5**

4 *H. Foglar-Deinhardstein* in *H. Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG § 82 Rz 6.

5 S hierzu bspw *H. Foglar-Deinhardstein* in *H. Foglar-Deinhardstein* (Hrsg), Verdeckte Gewinnausschüttung (2019) Rz 1/1 ff.

6 *H. Foglar-Deinhardstein* in *H. Foglar-Deinhardstein*, Verdeckte Gewinnausschüttung Rz 1/1.

7 *H. Foglar-Deinhardstein* in *H. Foglar-Deinhardstein*, Verdeckte Gewinnausschüttung Rz 1/6.

8 ErlRV 2320 BlgNR 27. GP 3; *Ke. Rastegar*, Subsidiäres GmbH-Recht und Auslegung, *ecolx* 2023, 909.

9 ErlRV 2320 BlgNR 27. GP 1, 3.

Bestimmung bzw aus der Gesamtkonzeption der FlexKapG ergeben.¹⁰ Auch die GmbH-rechtliche Judikatur ist zu großen Teilen entsprechend auf die FlexKapG übertragbar.

- 6 Gem § 1175 Abs 4 ABGB finden die **Bestimmungen des 27. Hauptstücks des ABGB** zur GesbR (wie für die GmbH)¹¹ auch auf die FlexKapG Anwendung, soweit für diese keine besonderen Vorschriften bestehen und die Anwendung dieser Bestimmungen auch unter Berücksichtigung der für die FlexKapG geltenden Grundsätze angemessen ist.¹² Kumulative Voraussetzungen für die (subsidiäre) Anwendbarkeit einer Einzelbestimmung des GesbR-Rechts auf die FlexKapG sind somit (i) das Fehlen einer speziellen Regelung im FlexKapGG bzw GmbHG (soweit dieses mangels abweichender Regelung zur Anwendung kommt) („Spezialität“) und (ii) die Angemessenheit dieser Anwendung im Regelungsgefüge der Rechtsform („Angemessenheit“).¹³ Wesentliches Element der Angemessenheitsprüfung sind die strukturellen Unterschiede zwischen GesbR und FlexKapG (bspw Rechtspersönlichkeit, Selbst- versus Fremddorganschaft, persönliche Haftung, Einstimmigkeit versus Mehrstimmigkeit, Freiheit der Anteilsübertragung).¹⁴

III. Eigene Rechtsform, Hybridform oder doch Rechtsformvariante der GmbH?

- 7 Das FlexKapGG ist in seinem Umfang sehr schlank gehalten. Nach § 1 Abs 2 gilt für die FlexKapG zu **größten Teilen GmbH-Recht**. So sind bspw die GmbH-rechtlichen Gründungsvorschriften grds unverändert auch für die FlexKapG einschlägig (s zur Gründung einer FlexKapG Rz 40 ff). Dasselbe gilt für die Regelungen zur Geschäftsführung, Generalversammlung,¹⁵ Kapitalerhaltung, Minderheitenrechte,¹⁶ Liquidation, etc. Die FlexKapG **entspricht im Ergebnis damit einer GmbH** mit punktuellen Abweichungen, ergänzt um aus dem AktG entnommenen Kapitalmaßnahmen und einer großen Neuerung im österreichischen Kapitalgesellschaftsrecht (Unternehmenswert-Anteile).

10 Vgl auch *Ke. Rastegar*, *ecolex* 2023, 911 (rechtsformspezifisches Auslegungsbemühen bzw rechtsformspezifischer Wertungsfilter).

11 *Pelinka* in *H. Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG § 61 Rz 2.

12 Zum selben Ergebnis kommend *Ke. Rastegar*, *ecolex* 2023, 911.

13 Vgl *Eckert/Schopper/Reheis* in *Eckert/Schopper* (Hrsg), AktG-ON^{1.00} § 1 Rz 6 (Stand 1.7.2021, rdb.at).

14 *Eckert/Schopper/Reheis* in *Eckert/Schopper*, AktG-ON^{1.00} § 1 Rz 6 (Stand 1.7.2021, rdb.at).

15 Abweichungen nur bei Umlaufbeschlüssen (§ 7) und geteilter Stimmabgabe (§ 8).

16 Abweichungen allerdings für die Unternehmenswert-Beteiligten; zum Minderheitenschutz von Unternehmenswert-Beteiligten s *Steiner*, Zum Entwurf einer Flexiblen Kapitalgesellschaft – wirtschaftliche Parameter, Individual- und Minderheitenrechte, *GES* 2023, 216 (217 ff).

Auch wenn es die gesetzgeberische Intention war, mit der FlexKapG eine **neue, eigene Rechtsform** zu schaffen, so **trifft** das angesichts der Tatsache, dass sich die FlexKapG von der GmbH strukturell kaum unterscheidet, mE **nicht zu**. Die FlexKapG baut mehr oder weniger vollkommen auf der GmbH auf und stellt mE eine **Rechtsformvariante** oder **Sonderform** der GmbH dar, jedoch **keine eigene Rechtsform**.¹⁷ Dafür sind die Strukturunterschiede zur GmbH mE schlicht zu gering. Dem entspricht auch, dass das FlexKapGG für die „Umwandlung“ einer GmbH in eine FlexKapG (und umgekehrt) lediglich einen Gesellschafterinnenbeschluss sowie eine Gesellschaftsvertragsänderung gem den (Standard-)Vorschriften des GmbHG vorsieht (vgl § 25). Das ist der Tatsache geschuldet, dass die inhaltlichen Unterschiede zwischen FlexKapG und GmbH so gering sind, dass es weder besonderer Maßnahmen zum Schutz der Gläubigerinnen (wie zB Umwandlungsbilanz, Sicherstellungsanspruch oder Gründungsprüfung) noch eines Barabfindungsanspruchs für mit der Umwandlung nicht einverständene Gesellschafterinnen bedarf.¹⁸ Als Sonderform (Rechtsformvariante) der GmbH ist die FlexKapG von allen auf die GmbH anwendbaren Bestimmungen **automatisch** mitumfasst. § 1 Abs 2 hat nach der hier vertretenen Ansicht somit nur eine klarstellende Funktion.

Diese Fragestellung ist zwar in erster Linie eher von wissenschaftlicher Relevanz, weil es für die Praxis durch § 1 Abs 2 in vielen Aspekten nicht entscheidend sein wird, ob die FlexKapG eine eigene Rechtsform oder doch (nur) eine Rechtsformvariante der GmbH darstellt. Durch § 1 Abs 2 ist auf die FlexKapG grds das ganze GmbH-Recht anzuwenden. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass sich in der Praxis iZm § 1 Abs 2 **Auslegungsfragen** stellen können und mE wohl auch werden. Dies bspw bei Bestimmungen, die nicht pauschal auf Kapitalgesellschaften, sondern explizit (nur) auf die GmbH (iSd GmbHG 1906) anwendbar sind bzw auf diese verweisen. In diesen Fällen ist es mE erforderlich, anhand des jeweiligen **Normzwecks** zu ergründen, ob auch eine Anwendbarkeit auf die FlexKapG geboten bzw überhaupt zulässig ist. Als Rechtsformvariante der GmbH wäre diese Auslegungssproblematik entschärft, weil die FlexKapG als Sonderform der GmbH immer automatisch mitumfasst ist.

Die FlexKapG ist mE auch **kein „Hybrid“** zwischen GmbH und AG.¹⁹ Sie entspricht strukturell einer GmbH. Charakteristische strukturelle Merkmale einer AG, wie zB weisungsfreier Vorstand, obligatorischer AR und eingeschränkte Mitentscheidungsbefugnis der Aktionäre, sind bei der FlexKapG gerade nicht gegeben. Die Übernahme von aktienrechtlichen Kapitalmaßnahmen ändert daran mE nichts.

17 AA *Ke. Rastegar*, *ecolex* 2023, 910.

18 Vgl ErlRV 2320 BlgNR 27. GP 15.

19 S aber ErlRV 2320 BlgNR 27. GP 1.

IV. Umgründungen unter Beteiligung einer FlexKapG

A. Verschmelzung

- 11 Eine FlexKapG kann sich an einer **Verschmelzung** beteiligen. Das ergibt sich infolge der angeordneten Anwendbarkeit der für die GmbH geltenden Bestimmungen (§ 1 Abs 2),²⁰ womit auch die entsprechenden verschmelzungsrechtlichen Bestimmungen umfasst sind.²¹ Damit ist die Anwendbarkeit der für die GmbH einschlägigen verschmelzungsrechtlichen Bestimmungen in AktG und GmbHG für die FlexKapG eröffnet.
- 12 Verschmelzungsrechtlich ist die FlexKapG mE **als GmbH anzusehen**. Für sie sind daher die §§ 96 GmbHG ff iVm §§ 220 bis 233 AktG einschlägig. Weil die FlexKapG verschmelzungsrechtlich einer GmbH entspricht, sind bei einer Verschmelzung unter Beteiligung einer **AG und einer FlexKapG** die Bestimmungen zur **rechtsformübergreifenden Verschmelzung** in §§ 234 ff AktG (allenfalls analog) anwendbar. Eine Verschmelzung unter Beteiligung einer **GmbH und einer FlexKapG** entspricht strukturell einer **Verschmelzung zwischen zwei GmbH**; dasselbe gilt bei einer Verschmelzung von zwei FlexKapG. Bei einer Verschmelzung unter Beteiligung einer GmbH und einer FlexKapG bzw einer Verschmelzung zweier FlexKapG kommen die §§ 234 ff AktG mE dementsprechend **nicht** zur Anwendung. Zu Unternehmenswert-Anteilen bzw -Beteiligten bei Verschmelzungen s § 9 Rz 137 ff.

B. Spaltung

- 13 Für die **Spaltung** ergibt sich die Anwendbarkeit auf die FlexKapG bereits aus § 1 Abs 1 SpaltG. Dieser besagt, dass *Kapitalgesellschaften* ihr Vermögen nach Maßgabe des SpaltG spalten können. Bisher waren davon nur AG, GmbH und SE erfasst.²² Hier tritt nun die FlexKapG hinzu (unabhängig davon, ob man sie als eigene Kapitalgesellschaftsform oder als Sonderform der GmbH einstuft), weil sie zweifellos eine Kapitalgesellschaft ist. Darüber hinaus ergibt sich die Anwendbarkeit auch aus § 1 Abs 2. Zu Unternehmenswert-Anteilen bzw -Beteiligten bei Spaltungen s § 9 Rz 146 ff.
- 14 Auch **spaltungsrechtlich** ist die FlexKapG mE mit der **GmbH gleichzusetzen**. Zum einen deshalb, weil es sich nach der hier vertretenen Ansicht bei der FlexKapG um eine Sonderform der GmbH und keine eigene Rechtsform handelt. Aber auch bei Einstufung der FlexKapG als eigener Rechtsform sind die **Bestimmungen zur rechtsformübergreifenden Spaltung** (§ 11 SpaltG) bei Spaltungen zwischen GmbH und FlexKapG mE **teleologisch zu reduzieren** und gelangen **nicht** zur Anwendung. Der Normzweck des § 11 SpaltG trägt

20 Zum selben Ergebnis kommt man bereits, wenn man die FlexKapG entsprechend der hier vertretenen Ansicht als Sonderform der GmbH ansieht.

21 J. Reich-Rohrwig, Begutachtungsentwurf zur flexiblen Kapitalgesellschaft (FlexCo), *ecolex* 2023, 497 (498).

22 S *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³ (2021) § 1 SpaltG Rz 35.

dem Interesse der Gesellschafterinnen am Erhalt einer vergleichbaren Mitgliedschaft Rechnung, denn unterschiedliche Rechtsformen machen einen erheblichen Unterschied in der Mitgliedschaft aus.²³ Bspw geht im Fall der Spaltung einer AG in eine GmbH die Verbriefungsfähigkeit der Anteile verloren und ist die ehemalige Aktionärin ua der Haftung gem § 83 Abs 2 GmbHG ausgesetzt. Im umgekehrten Fall verliert die Gesellschafterin maßgebliche Einflussrechte durch die geringeren Kompetenzen der Hauptversammlung im Vergleich zur Generalversammlung und hat entsprechend weniger weit reichende Individual- und Minderheitsrechte (insb kein Einsichtsrecht und nur Auskunftsrecht in der HV nach § 118 AktG anstatt umfassendem Informationsanspruch).²⁴ Das Austrittsrecht bei der rechtsformübergreifenden Spaltung ist damit Ausgleich für die Aufgabe einer Mitgliedschaftsposition.²⁵ Diese Problematik stellt sich bei einer „rechtsformübergreifenden“ Spaltung zwischen FlexKapG und GmbH gerade nicht. Die Mitgliedschaftsposition einer Gesellschafterin einer FlexKapG und einer GmbH unterscheiden sich praktisch kaum, weswegen der Regelungszweck von § 11 SpaltG in solchen Konstellationen ins Leere läuft. Die Bestimmung des § 11 SpaltG kommt daher bei Spaltungen **zwischen GmbH und FlexKapG mE nicht zur Anwendung** (s auch § 9 Rz 149). Sehr wohl anwendbar ist die Bestimmung aber bei **rechtsformübergreifenden Spaltungen zwischen FlexKapG und AG**.

C. Umwandlungen nach dem UmwG

§ 1 UmwG eröffnet *Kapitalgesellschaften* die Möglichkeit zur verschmelzenden Umwandlung (Umwandlung auf eine Gesellschafterin, gleich welcher Rechtsform) und zur errichtenden Umwandlung (Umwandlung auf eine neu errichtete Personengesellschaft). Mit dem in § 1 UmwG verwendeten Begriff der Kapitalgesellschaft erfasste das Gesetz bisher die dem österreichischen Recht unterliegende AG, GmbH und SE.²⁶ Als Kapitalgesellschaft fällt nunmehr **auch die FlexKapG** jedenfalls unter den **Anwendungsbereich des UmwG**. Zu Unternehmenswert-Anteilen bzw -Beteiligten bei Umwandlungen nach dem UmwG s § 9 Rz 150 ff.

D. Grenzüberschreitende Umgründungen

Das EU-UmgrG regelt **grenzüberschreitende Umgründungen** (Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen) von **Kapitalgesellschaften mit Sitz in verschiedenen MS der EU** (§ 1 EU-UmgrG). Nach der Definition des § 2 Z 1 EU-UmgrG ist eine *Kapitalgesellschaft* iSd EU-UmgrG „eine Gesell-

23 *Brix in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 11 SpaltG Rz 3 (Stand 1.10.2019, rdb.at); *Kalss*, VSU³ § 11 SpaltG Rz 3, 16.

24 *Brix in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 11 SpaltG Rz 3 (Stand 1.10.2019, rdb.at); *Kalss*, VSU³ § 11 SpaltG Rz 3.

25 *Kalss*, VSU³ § 11 SpaltG Rz 3.

26 *Kalss*, VSU³ § 1 UmwG Rz 7.

schaft mit einer Rechtsform, die in Anhang II der Richtlinie (EU) 2017/1132 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts, ABl. Nr. L 169 vom 30.6.2017 S. 46, genannt wird²⁷. In Anhang II sind für Österreich (derzeit) nur die AG und die GmbH, nicht aber die Flexible Kapitalgesellschaft genannt. Zielsetzung der Gesetzgeberin war es, mit § 1 Abs 2 auch zu gewährleisten, dass die FlexKapG als neue Rechtsform unionsrechtlich alle Vorzüge einer GmbH genießt.²⁸ Die Intention der Gesetzgeberin ist damit insofern klar, als sie davon ausgegangen ist, dass auch die Bestimmungen des EU-UmgrG auf die FlexKapG anwendbar sein sollen. Neue Kapitalgesellschaftsformen sind unionsrechtlich auch jedenfalls zulässig.²⁹

- 17 Bei Einstufung als Sonderform (Rechtsformvariante) der GmbH (wie hier vertreten) wäre die FlexKapG von der Nennung derselben in Anhang II der GesR-RL jedenfalls mitumfasst und das EU-UmgrG folglich auf sie anwendbar. Wird sie als eigene Rechtsform angesehen, ist das **EU-UmgrG** als auf die GmbH anwendbare Bestimmung iSd § 1 Abs 2 mE (zumindest nach inländischem Recht) auch **auf die FlexKapG anwendbar** (zu Unternehmenswert-Anteilen bzw -Beteiligten bei grenzüberschreitenden Umgründungen s § 9 Rz 153 f).³⁰ Die **Krux** liegt allerdings darin, ob die FlexKapG aufgrund der Definition der „Kapitalgesellschaft“ in der GesR-RL idF Mobilitäts-RL³¹ überhaupt vom **unionsrechtlichen Anwendungsbereich** erfasst ist. ME ist das aufgrund der klaren Definition der Kapitalgesellschaft, die explizit eine Nennung in Anhang II der GesR-RL verlangt,³² **zweifelhaft**, solange die FlexKapG nicht in Anhang II der GesR-RL ergänzt wird. **Entwarnung** gibt es immerhin hinsichtlich der **grenzüberschreitenden Verschmelzung**. Für diese findet sich in der GesR-RL nämlich eine weiter reichende Definition: Gem Art 119 Z 1 GesR-RL sind Kapitalgesellschaften hinsichtlich grenzüberschreitender Verschmelzungen nicht nur Gesellschaften iSd Anhang II (lit a leg cit), sondern auch jede Gesellschaft, die Rechtspersönlichkeit besitzt und über ein Gesellschaftskapital, welches allein für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet, und eine Publizität desselben verfügt (lit b leg cit).³³ Die FlexKapG fällt unter Art 119 Z 1 lit b GesR-RL und kann damit **grenzüberschreitend** (ohne explizite Nennung in Anhang II)

27 Im Folgenden GesR-RL.

28 ErlRV 2320 BlgNR 27. GP 1.

29 *Thomale*, Unionale Vorgaben für nationale Rechtsformen, JBl 2021, 621 (636).

30 Vgl auch *Schörghofer/Zwick*, Das neue EU-Umgründungsgesetz – Eine Einführung in alle Umgründungsarten (I), GES 2023, 328 (331).

31 Richtlinie (EU) 2019/2121 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. November 2019 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 in Bezug auf grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen ABl L 2019/321.

32 Vgl Art 86b Z 1, Art 119 Z 1 lit a (zu lit b jedoch sogleich) und Art 160b Z 1 GesR-RL idF Mobilitäts-RL.

33 *Thomale*, JBl 2021, 632.

verschmolzen werden.³⁴ Aufgrund dieser weiten Definition sind im Teilbereich der grenzüberschreitenden Verschmelzung (grds) pauschal alle gegenwärtigen und zukünftigen Kapitalgesellschaftsformen (automatisch) einbezogen.³⁵ Diese Begriffsbestimmung wurde jedoch **nicht** für die grenzüberschreitende Umwandlung (s Art 86b Z 1 GesR-RL idF Mobilitäts-RL) und die grenzüberschreitende Spaltung (s Art 160b Z 1 GesR-RL idF Mobilitäts-RL) übernommen.³⁶ Richtlinienanträge sind Analogieschlüssen entzogen.³⁷ Ein automatischer Einbezug hinsichtlich **grenzüberschreitender Umwandlung und Spaltung** findet somit **nicht** statt.³⁸ Eine ehestmögliche Aufnahme in Anhang II der GesR-RL sollte daher aus Gründen der Rechtssicherheit unbedingt angestrengt werden (vgl Art 162a, Art 163 GesR-RL³⁹).

Solange die FlexKapG nicht explizit in Anhang II der GesR-RL aufgenommen wurde, kann es mE in der Praxis aufgrund der Nicht-Nennung zu Komplikationen im Zuge der Umsetzung einer grenzüberschreitenden Umgründung kommen. Dies bspw in dem Fall, dass andere MS die grenzüberschreitend umgründungsfähigen Kapitalgesellschaften in ihren jeweiligen lokalen Umsetzungsgesetzen zur Mobilitäts-RL (ebenso wie Österreich) unter Bezugnahme auf eine Nennung in Anhang II der GesR-RL definiert haben. Das ist bspw in Deutschland (s § 306 Abs 1 Z 1 (Verschmelzung), § 321 (Spaltung) bzw § 334 (Formwechsel) dUmwG) der Fall. Das wird wohl auch in den übrigen MS so sein, weil der Begriff der „*Kapitalgesellschaft*“ durch Art 86b Z 1, Art 119 Z 1 lit a (und b) und Art 160b Z 1 Mobilitäts-RL vorgegeben ist. Hier wird man den jeweiligen mitgliedstaatlichen Behörden bei entsprechender Nachfrage glaubhaft zu machen haben, dass die FlexKapG auch ohne Nennung in Anhang II der GesR-RL grenzüberschreitend umgründungsfähig iSd Mobilitäts-RL ist. Diese Nachweisproblematik kann sich freilich unabhängig davon stellen, ob man die FlexKapG als eigene Rechtsform oder Sonderform der GmbH ansieht. Die Miterfassung als Sonderform der GmbH wäre aber wohl einfacher zu argumentieren. Immerhin ist auch die UG (haftungsbeschränkt) als Sonderform der dGmbH – ohne explizite Nennung der UG (haftungsbeschränkt) in Anhang II – mitumfasst.⁴⁰ Vollkommen zu eliminieren sind diese Umsetzungsschwierigkeiten für die Praxis aber nur mit der Aufnahme der FlexKapG in Anhang II; hinsichtlich grenzüberschreitender Spaltung und Umwandlung (s Rz 17) ist sie jedenfalls dringend geboten.

18

34 Vgl *Thomale*, JBl 2021, 628.

35 *Thomale*, JBl 2021, 626.

36 *Thomale*, JBl 2021, 626.

37 *Thomale*, JBl 2021, 629.

38 Vgl auch *Thomale*, JBl 2021, 632.

39 S hierzu auch *Thomale*, JBl 2021, 624 ff.

40 S *Heckschen* in *Widmann/Mayer*, Umwandlungsrecht (209. Ergänzungslieferung) § 206 UmwG 1995 Rz 5; *Stelmaszczyk* in *Widmann/Mayer*, Umwandlungsrecht (209. Ergänzungslieferung) § 334 UmwG 1995 Rz 7.

V. Erlaubte und unerlaubte Zwecke

A. Erlaubte Zwecke

- 19 Ausweislich der Mat wurde die FlexKapG als eine neue Kapitalgesellschaftsform eingeführt, die vor allem die **besonderen Bedürfnisse von Startups und anderen innovativen Unternehmen** berücksichtigen soll.⁴¹ Hieraus ergibt sich der **rechtspolitische Hintergrund**. Intention der Gesetzgeberin war es mit der FlexKapG, insb für innovative Startups und Gründerinnen in der Frühphase, eine **international wettbewerbsfähige Option** anzubieten.⁴² Startups als „*innovative Wachstumsunternehmen*“ sind in den letzten Jahren vermehrt in den wirtschaftspolitischen und -wissenschaftlichen Fokus gerückt.⁴³ Obwohl das gesetzliche Leitbild der FlexKapG auf Startups (insb auch in der Gründungsphase) ausgerichtet ist, ist der **Anwendungsbereich der FlexKapG nicht auf eine solche Frühphase beschränkt**, denn es besteht **keine zeit- oder größenabhängige Umwandlungspflicht** in eine „klassische“ GmbH oder AG.⁴⁴ Die FlexKapG steht somit Unternehmen in allen Phasen und Größen als Rechtsformalternative zur Verfügung. Eine **Börsennotierung** ist einer FlexKapG **nicht möglich**; hierfür müsste die FlexKapG zuerst nach § 26 in eine AG umgewandelt werden.
- 20 Eine FlexKapG kann gem § 1 Abs 1 zu **jedem erlaubten Zweck** gegründet werden. Auch die Einschränkung in § 1 Abs 2 GmbHG ist für die FlexKapG einschlägig. Im Ergebnis hat die FlexKapG daher grds den gleichen Anwendungsbereich wie die GmbH. Daher ist für eine FlexKapG auch die Verfolgung nichtkommerzieller, zB wissenschaftlicher, künstlerischer oder humanitärer Ziele, somit eines ideellen Zwecks zulässig, sowie auch die Erfüllung öffentlicher Aufgaben.⁴⁵ Aus der gesetzlichen Anordnung, dass eine FlexKapG zu jedem zulässigen Zweck gegründet werden kann, ergibt sich, dass, solange die Ausübung eines bestimmten Zwecks einer FlexKapG (bzw GmbH) nicht gesetzlich untersagt ist, grds davon ausgegangen werden kann, dass die FlexKapG diesen Zweck verfolgen kann (s jedoch unten Rz 35 ff). Zulässig ist auch die **Beteiligung** an anderen Gesellschaften, insb auch als **Konzernmutter, Holding-Gesellschaft** oder **Komplementärin** einer verdeckten Kapitalgesellschaft.⁴⁶

41 ErlRV 2320 BlgNR 27. GP 3.

42 ErlRV 2320 BlgNR 27. GP 1.

43 S bspw *Adler/Klafner*, Zur Schaffung einer neuen Rechtsform: Erwägungen und ausgewählte Diskussionslinien, *ecolex* 2022, 101 f.

44 *Schopper*, „Flexible Kapitalgesellschaft“ oder „Personengesellschaft mit beschränkter Haftung“ ante portas?, *NZ* 2021, 157.

45 Für die GmbH s *Enzinger* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 1 Rz 21 f (Stand 1.8.2020, rdb.at); *Schmidberger/Duursma* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 1 Rz 7.

46 *Schmidberger/Duursma* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 1 Rz 8; *Winkler/Winkler* in *H. Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG § 1 Rz 13; zur Einheits-FlexKapG & Co KG s *H. Foglar-Deinhardstein*, Die FlexCo als flexible Gesellschafterin ihrer selbst, *ecolex* 2023, 911 (917).