

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

BGBl 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, Hybrid oder doch Sonderform (Rechtsformvariante) der GmbH?.....	7–11
IV.	Umgründungen unter Beteiligung einer FlexKapG.....	12
	A. Verschmelzung.....	13, 14
	B. Spaltung.....	15, 16
	C. Umwandlungen nach dem UmwG.....	17
	D. Grenzüberschreitende Umgründungen.....	18–20
V.	Erlaubte und unerlaubte Zwecke	
	A. Erlaubte Zwecke.....	21, 22
	1. Freiberufliche Tätigkeiten	23–28
	2. Bankgeschäfte	29, 30
	3. Finanzdienstleistungen	31–36
	B. Unerlaubte Zwecke	37–41
VI.	Gründung einer FlexKapG	
	A. Allgemeines.....	42–44
	B. Gründungsschritte – Überblick	45

I. Begriff und Wesen der Flexiblen Kapitalgesellschaft

- 1 Gem § 1 Abs 1 ist die Flexible Kapitalgesellschaft (FlexKapG)¹ 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.²
- 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 (§ 1 Abs 2 iVm § 3 Abs 1 Z 1 GmbHG), mit konstitutiver Eintragung in das Firmenbuch entstehende (§ 1 Abs 2 iVm § 2 Abs 1 GmbHG) **juristische Person und Kapitalgesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit** (§ 1 Abs 2 iVm § 61 Abs 1 GmbHG), deren Gesellschafterinnen mit Stammeinlagen auf das in Geschäftsanteile zerlegte Stammkapital (§ 1 Abs 2 iVm § 3 iVm § 6 Abs 1 GmbHG) (bzw als Unternehmenswert-Beteiligte mit Stammeinlagen auf die Unternehmenswert-Anteile [vgl § 9]) beteiligt sind und den Gläubigern der Gesellschaft für deren Verbindlichkeiten **nicht persönlich haften** (§ 1 Abs 2 iVm § 61 Abs 2 GmbHG).³ 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.⁴

1 Zur Entstehungsgeschichte der FlexKapG s bspw *S. Bydlinski/Ratka/Straube in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 1 FlexKapGG Rz 8 ff (Stand 15.10.2024, rdb.at).

2 EBRV 236 BlgHH XVII. GP 55.

3 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 Kalss/Nowotny/Schauer* (Hrsg), Österreichisches Gesellschaftsrecht² (2017) Rz 4/22; *Enzinger in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 1 Rz 7 (Stand 1.7.2025, 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), GmbHG² (2024) § 1 Rz 2; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht⁴ (2002) 983.

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

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 Gegengewicht zum Trennungsprinzip⁵ – die zwingenden GmbH-rechtlichen **Regelungen zur Kapitalerhaltung (Verbot der Einlagenrückgewähr)** zur Anwendung (§ 1 Abs 2 iVm §§ 82 f GmbHG).⁶ 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.⁷ 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.⁸ Das **Verbot der Einlagenrückgewähr** gilt bei der FlexKapG sowohl für „reguläre“ **Gesellschafterinnen** als auch für **Unternehmenswert-Beteiligte** (s auch § 9 Rz 29 aE).⁹

Als Kapitalgesellschaft unterliegt die FlexKapG jedenfalls dem 3. Buch des UGB und ist somit zwingend nach § 189 Abs 1 Z 1 UGB **rechnungslegungspflichtig**.¹⁰ Darüber hinaus ist die FlexKapG (auch ohne explizite Nennung in § 2 UGB) **Unternehmerin kraft Rechtsform**.¹¹ Als Rechtsformvariante der GmbH

5 *H. Foglar-Deinhardstein* in *H. Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG² § 82 Rz 6.

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

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

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

9 *Fantur*, Einlagenrückgewähr-Fälle bei Mitarbeiterbeteiligungen an einer Flexiblen Kapitalgesellschaft, GES 2024, 1 ff; *H. Foglar-Deinhardstein*, NZ 2024, 320 (324 f); *Hartlieb* in *Hartlieb/Kulnigg/Simonishvili* (Hrsg), FlexKapGG (2025) § 1 Rz 20; *Trenker*, Gläubigerschutz und Insolvenz der FlexCo, ZIK 2024, 48 (49); *Wimmer*, ÖBA 2024, 594 (599, FN 82) *Wünscher*, FlexCo: Unternehmenswertanteile und Einlagenrückgewähr – Haftungsfälle für Mitarbeiter?, GesRZ 2024, 146 (147 f); *Jeitler/Juster* in *Schneeweiss/F. Hule* (Hrsg), FlexKapGG (2024) § 9 Rz 21; *J. Reich-Rohrwig/A. Reich-Rohrwig* in *J. Reich-Rohrwig/A. Reich-Rohrwig/Ph. Kinsky* (Hrsg), Flexible Kapitalgesellschaft (2024) Rz 6.56; *Zib*, Publikumschutz und Transparenz im Entwurf zum GesRÄG 2023 und FlexKapGG, NZ 2023, 382 (385); aA *Ke. Rastegar/Ka. Rastegar/R. Rastegar* in *Rastegar/Rastegar/Rastegar* (Hrsg), FlexKapGG-ON^{1,01} § 9 Rz 169 ff (Stand 31.7.2025, rdb.at).

10 S hierzu im Detail bspw *Hiermann/Rab*, Ausgewählte Fragen zur Bilanzierung und Berichterstattung in der FlexCo, RWZ 2024, 74; *Stückler/Schinnerl*, Die FlexKap im Bilanzrecht, DJA 2024, 90.

11 Ebenso *S. Bydlinski/Ratka/Straube* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 1 FlexKapGG Rz 53 (Stand 15.10.2024, rdb.at); *Hartlieb* in *Hartlieb/Kulnigg/Simonishvili*, FlexKapGG § 1 Rz 14.

tenden Gesellschafterbeschluss regeln.⁵² Das ergibt sich aus § 1 Abs 2 iVm § 20 Abs 1 GmbHG, wonach für einzelne Geschäfte die Zustimmung der Gesellschafter, des Aufsichtsrats **oder eines anderen Organs** gefordert werden kann.⁵³ Derartige Organe werden in der Praxis häufig als „Beiräte“ bezeichnet. Ihr Einsatzgebiet ist vielfältig. Sie können als beratendes, überwachendes oder gesellschafternahes Organ ausgestaltet werden.⁵⁴ Ordnen die Gesellschafterinnen der FlexKapG einem überwachenden Beirat Kernkompetenzen des Aufsichtsrats zu, kommt dem (Zentral-)Betriebsrat ein Entsendungsrecht nach § 110 ArbVG zu (s dazu auch Rz 48 f).⁵⁵

Beiräte können auch auf **schuldrechtlicher Grundlage** (zB durch einen Syndikatsvertrag) eingerichtet werden. In diesem Fall haben sie keine Organqualität.⁵⁶ **47**

VII. Arbeitnehmermitbestimmung

§ 110 Abs 1 bis 4 ArbVG, die die Mitbestimmung der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft regeln, sind nach § 110 Abs 5 Z 1 ArbVG sinngemäß auf die GmbH und damit aufgrund des Verweises in § 1 Abs 2 auch auf die FlexKapG anzuwenden.⁵⁷ Ist in der FlexKapG ein Aufsichtsrat eingerichtet, kann daher der Zentralbetriebsrat oder, bei nur einem Betrieb, der Betriebsrat für je zwei zu bestellende Kapitalvertreter einen Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat entsenden (**Drittelparität**). Bei einer ungeraden Zahl an Kapitalvertretern hat die Entsendung eines weiteren Arbeitnehmervertreters zu erfolgen (§ 110 Abs 1 letzter Satz ArbVG). **48**

Die Regelungen über die Arbeitnehmermitbestimmung gelangen **unabhängig** davon zur Anwendung, ob die Einrichtung des Aufsichtsrats gesetzlich verpflichtend war oder auf freiwilliger Basis erfolgt ist. Sie gelten auch für aufsichtsratsähnliche Beiräte (s dazu bereits Rz 46 f).⁵⁸ **49**

Schriftliche Abstimmung

§ 7. (1) Im Gesellschaftsvertrag kann abweichend von § 34 Abs. 1 GmbHG vorgesehen werden, dass für eine Abstimmung im schriftlichen Weg das Einverständnis aller Gesellschafterinnen nicht erforderlich ist. In diesem Fall muss für eine gültige schriftliche Beschlussfassung allen stimmberech-

52 Vgl St. Frotz in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG Anhang zu §§ 29–33: Beirat Rz 2.

53 Vgl *Kalss* in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat² Rz 39/23.

54 Vgl dazu im Detail St. Frotz in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG Anhang zu §§ 29–33: Beirat Rz 5.

55 Vgl *Eckert/Schopper* in *U. Torggler*, GmbHG § 29 Rz 16.

56 Vgl St. Frotz in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG Anhang zu §§ 29–33: Beirat Rz 57.

57 ErläutRV 2320 BlgNR 27. GP 3.

58 Vgl *Eckert/Schopper* in *U. Torggler*, GmbHG § 29 Rz 16.

tigten Gesellschafterinnen eine Teilnahme an der Abstimmung ermöglicht werden.

(2) Der Gesellschaftsvertrag kann auch vorsehen, dass für die Stimmabgabe die Einhaltung der Textform (§ 13 Abs. 2 AktG) ausreicht.

Zu § 7

Auch bei der FlexKapG soll eine schriftliche Beschlussfassung grundsätzlich nur zulässig sein, wenn alle Gesellschafterinnen im Einzelfall mit dieser Vorgangsweise einverstanden sind. Anders als bei der GmbH, bei der das Erfordernis der Mitwirkung aller Gesellschafterinnen nicht abdingbar ist (vgl. *Enzinger in Straube WK GmbHG § 34 Rz 65*), soll von diesem Erfordernis allerdings durch eine entsprechende Regelung im Gesellschaftsvertrag abgegangen werden können (vgl. Abs. 1). Dadurch wird dem – vor allem seitens der Startups geäußerten – Wunsch Rechnung getragen, Umlaufbeschlüsse auch ohne individuelles Einverständnis aller Gesellschafterinnen fassen zu können.

Sofern der Gesellschaftsvertrag eine solche Bestimmung enthält, reicht es für eine gültige Beschlussfassung aus, dass sich alle stimmberechtigten Gesellschafterinnen an der betreffenden Abstimmung beteiligen konnten; es besteht also an sich kein gesetzliches Mindestteilnahmequorum. Für die Ermittlung des Beschlussergebnisses gilt allerdings § 34 Abs. 2 GmbHG; es kommt also für die Feststellung der für den jeweiligen Beschlussgegenstand erforderlichen Mehrheit nicht bloß auf die abgegebenen Stimmen, sondern auf die Gesamtzahl der allen Gesellschafterinnen zustehenden Stimmen an. Im Ergebnis kann ein Beschluss, der einer einfachen Mehrheit bedarf, daher nur gefasst werden, wenn zumindest mehr als die Hälfte aller Stimmen tatsächlich an der Abstimmung teilnimmt und sich für den Beschlussantrag ausspricht.

Abs. 2 stellt klar, dass für die Teilnahme an einer schriftlichen Abstimmung auch die Einhaltung der Textform iSd § 13 Abs. 2 AktG ausreicht, wenn dies im Gesellschaftsvertrag vorgesehen ist. Für eine Stimmabgabe per E-Mail bedeutet das, dass neben qualifizierten elektronischen Signaturen auch andere Formen der „digitalen Unterschrift“ verwendet werden können.

Übersicht

I. Allgemeines	1
II. Disponibilität der Zustimmung aller Gesellschafterinnen (Abs 1).....	2–6
III. Stimmabgabe in Textform (Abs 2).....	7–12
IV. Exkurs: Beschlussfassung in virtuellen/hybriden Gesellschafter- versammlungen	
A. Allgemeines.....	13–17
B. Arten von (teil-)virtuellen Versammlungen	
1. Einfache virtuelle Versammlung	18–21
2. Moderierte virtuelle Versammlung.....	22–25
3. Hybride Versammlung.....	26–29

I. Allgemeines

§ 7 ermöglicht es den Gesellschafterinnen, im Gesellschaftsvertrag Regelungen für eine erleichterte **Beschlussfassung im Umlaufweg** (der in der Praxis häufigsten Form der schriftlichen Beschlussfassung) vorzusehen. Damit entsprach der Gesetzgeber dem insb von Start-Ups häufig geäußerten Wunsch nach einer flexibleren Handhabung von Umlaufbeschlüssen.¹ Zur Information von Unternehmenswert-Beteiligten über die Durchführung von schriftlichen Abstimmungen s § 9 Abs 4 dritter und vierter Satz sowie Kommentierung § 9 Rz 51 f.

II. Disponibilität der Zustimmung aller Gesellschafterinnen (Abs 1)

Grundsätzlich kommt auch bei der FlexKapG ein Umlaufbeschluss nur wirksam zustande, wenn sämtliche Gesellschafterinnen dem Beschlussantrag oder zumindest der Abstimmung im Umlaufverfahren zustimmen. Insoweit besteht kein Unterschied zur GmbH. Anders als bei dieser können die Gesellschafterinnen der FlexKapG aber im **Gesellschaftsvertrag** regeln, dass für die Fassung eines Umlaufbeschlusses **nicht die Zustimmung aller Gesellschafterinnen** erforderlich ist. Dadurch soll verhindert werden, dass einzelne Gesellschafterinnen eine Beschlussfassung im Umlaufweg blockieren.² Natürlich muss aber allen Gesellschafterinnen die **Teilnahme an der Abstimmung** ermöglicht werden (§ 7 Abs 1 zweiter Satz).³ Machen die Gesellschafterinnen von der durch § 7 Abs 1 FlexKapGG eröffneten Gestaltungsmöglichkeit **keinen Gebrauch**, kommt nach dispositivem Recht aufgrund des Verweises in § 1 Abs 2 weiterhin § 34 Abs 1 GmbHG zur Anwendung, sodass einzelne Gesellschafterinnen die Beschlussfassung im Rahmen einer Generalversammlung erzwingen können.

Der Gesetzeswortlaut lässt offen, ob nur ein Absenken oder auch ein gänzlicher Entfall des Mindestteilnahmequorums zulässig ist. Aufschluss geben die Gesetzesmaterialien. Ihnen zufolge besteht an sich kein gesetzliches Mindestteilnahmequorum.⁴ Indirekt ergibt sich eine **Mindestteilnehmeranzahl** aber aus § 34 Abs 2 GmbHG (iVm § 1 Abs 2). Demnach ist die für die Beschlussfassung erforderliche Mehrheit nicht anhand der Zahl der abgegebenen, sondern nach der **Gesamtzahl der allen Gesellschafterinnen zustehenden Stimmen** zu ermitteln. Wirksame Umlaufbeschlüsse bedürfen daher (zumindest) der Teilnahme jener Gesellschafterinnen, die die für den jeweiligen Beschlussgegenstand **erforderliche Stimmenmehrheit** auf sich vereinen.⁵ Da § 34 Abs 2

1 ErläutRV 2320 BlgNR 27. GP 4.

2 Fischer in Aumüllner/Verweijen, FlexKapGG § 7 Rz 2.

3 ErläutRV 2320 BlgNR 27. GP 4.

4 ErläutRV 2320 BlgNR 27. GP 4.

5 ErläutRV 2320 BlgNR 27. GP 4.

Fristen und Termine für die Optionsausübung und Regelungen zur Fälligkeit eines allfälligen Kaufpreises. Dabei kann auch vorgesehen werden, dass die Veräußerung der Unternehmenswert-Anteile durch eine Mitarbeiterin nur nach Ablauf bestimmter Fristen und/oder zu bestimmten Terminen zulässig ist.³¹ Freilich dürfen solche Fristen und Termine die Veräußerungsmöglichkeit nicht schikanös erschweren.³²

Form von Anteilsübertragungen und Übernahmeerklärungen

§ 12. (1) Ein Rechtsgeschäft betreffend die Übertragung von Geschäftsanteilen (§ 76 Abs. 2 GmbHG) kann auch in der Form abgeschlossen werden, dass eine Notarin oder eine Rechtsanwältin eine Urkunde darüber errichtet. Die Notarin oder die Rechtsanwältin hat dabei die Zulässigkeit der Anteilsübertragung zu überprüfen und beide Parteien über die Rechtsfolgen ihrer Erklärungen und mögliche weitere Voraussetzungen für die Wirksamkeit der Übertragung zu belehren.

(2) Die Übernahmeerklärung bei einer Kapitalerhöhung (§ 52 Abs. 4 GmbHG) oder bei genehmigtem Kapital (§ 21 Abs. 5) sowie die Ausübung des Bezugsrechts (§ 20 Abs. 1) können auch in der Form abgegeben werden, dass eine Notarin oder eine Rechtsanwältin eine Urkunde darüber errichtet. Die Notarin oder die Rechtsanwältin hat dabei die Zulässigkeit der Erklärung zu überprüfen und die Partei über die Rechtsfolgen ihrer Erklärung zu belehren.

(3) In den Fällen des Abs. 2 ist der Anmeldung der Kapitalerhöhung zum Firmenbuch abweichend von § 53 Abs. 2 GmbHG die von der Notarin oder der Rechtsanwältin errichtete Urkunde im Original beizuschließen.

(4) In Sachen, in denen die Notarin oder die Rechtsanwältin selbst beteiligt ist, darf sie keine Urkunden nach Abs. 1 oder Abs. 2 errichten. Die Notarin oder die Rechtsanwältin hat die Vornahme der Belehrung gemäß Abs. 1 oder Abs. 2 in der Urkunde zu dokumentieren. Die Urkunde ist im Urkundenarchiv des österreichischen Notariats bzw. im anwaltlichen Urkundenarchiv zu speichern. Im Übrigen gelten § 5a NO bzw. § 10 Abs. 4 RAO.

31 ErlRV 2320 BlgNR 27. GP 10; vgl auch *Perl* in *Aumüller/Verweijen*, FlexKapGG § 11 Rz 44 ff; *Kerschbaumer/Waidmann/Nutz* in *Hartlieb/Kulnigg/Simonishvili*, FlexKapGG § 11 Rz 78 ff; *W. Etmayer/Essenther* in *Rastegar/Rastegar/Rastegar*, FlexKapGG-ON^{1.01} § 11 Rz 43 ff (Stand 31.7.2025, rdb.at); *Kinsky/Kurz* in *Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky*, Flexible Kapitalgesellschaft Rz 8.48; *Zehetner/Kollar* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 11 FlexKapGG Rz 34.

32 Vgl *Perl* in *Aumüller/Verweijen*, FlexKapGG § 11 Rz 45; *Kerschbaumer/Waidmann/Nutz* in *Hartlieb/Kulnigg/Simonishvili*, FlexKapGG § 11 Rz 79; *Kinsky/Kurz* in *Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky*, Flexible Kapitalgesellschaft Rz 8.48.

Zu § 12

Das Regierungsprogramm enthält für die neue Gesellschaftsform unter anderem die Vorgabe, dass eine flexible Anteilsvergabe an Investorinnen mit minimalen digitalen Behördenwegen möglich sein soll. Dabei sollen freilich österreichische Standards – z.B. die Transparenz aller Gesellschafterinnen – gewahrt werden.

Bei der GmbH ist für Anteilsübertragungen sowie für Übernahmeerklärungen bei einer Kapitalerhöhung die Notariatsaktspflicht vorgesehen (vgl. § 76 Abs. 2 und § 52 Abs. 4 GmbHG). Diese Formpflicht, die insbesondere eine verlässliche Identifizierung und umfassende Belehrung der Parteien sowie eine Überprüfung der rechtlichen Zulässigkeit der Vorgänge gewährleistet, wird – obwohl auch diese Notariatsakte mittlerweile unter Nutzung einer elektronischen Kommunikationsmöglichkeit und damit ohne persönliches Anwesenheitserfordernis errichtet werden können (vgl. § 69b NO) – vor allem von ausländischen Investorinnen teilweise als hinderlich empfunden.

Um den eingangs erwähnten Vorgaben des Regierungsprogramms zu entsprechen, soll für Anteilsübertragungen sowie für Übernahmeerklärungen bei der FlexKapG daher eine Alternative zur Formpflicht des Notariatsakts vorgesehen werden, bei der keine Defizite in Bezug auf die Rechtssicherheit für Gesellschafterinnen und Dritte sowie auf die Transparenz zu befürchten sind. Daher soll es auch bei der FlexKapG insbesondere dabei bleiben, dass alle Gesellschafterinnen im Firmenbuch eingetragen werden, was nur auf der Grundlage von ausreichend rechtssicheren Verträgen bzw. Erklärungen möglich ist. Um das zu gewährleisten, müssen an diesen Vorgängen auch künftig berufsmäßige Parteienvertreterinnen, also Notarinnen oder Rechtsanwältinnen, mitwirken.

Als Alternative zum Notariatsakt soll für Anteilsübertragungen und Übernahmeerklärungen daher eine Formpflicht *sui generis* geschaffen werden, welche auf den bereits bestehenden Vorschriften für (Privat-) Urkunden aufbaut, die von Notarinnen oder Rechtsanwältinnen errichtet werden (vgl. dazu § 5a NO sowie § 10 Abs. 4 RAO).

Abs. 1 sieht demnach vor, dass die Übertragung von Geschäftsanteilen (§ 76 Abs. 2 GmbHG) auch in der Form erfolgen kann, dass eine Notarin oder Rechtsanwältin eine (Privat-)Urkunde darüber errichtet. Bei der Errichtung dieser Urkunde treffen die Notarin oder Rechtsanwältin spezifische, an den Notariatsakt angelehnte Belehrungs- und Prüfungspflichten (z.B. über das Haftungsrisiko für ausstehende Stammeinlagen anderer Gesellschafterinnen oder die Einhaltung allfälliger gesellschaftsvertraglicher Veräußerungsbeschränkungen). Dabei haben die Notarinnen und Rechtsanwältinnen selbstverständlich auch ihre Verpflichtungen im Rahmen der Geldwäschepräventionen einzuhalten. Die Vornahme dieser Belehrungen ist gemäß Abs. 4 in der Urkunde zu dokumentieren. Die ebenfalls in Abs. 4 angeordnete Geltung des § 5a NO bzw. des § 10 Abs. 4 RAO hat insbesondere zur Folge, dass die berufsmäßige Parteienvertreterin die Identität der Parteien anhand eines Lichtbildausweises zu überprüfen hat.

Gemäß Abs. 2 können Übernahmeerklärungen bei Kapitalerhöhungen einer FlexKapG in derselben Form abgegeben werden, wobei auch die entsprechenden Erklärungen bei den rechtsformspezifischen Maßnahmen der bedingten Kapital-

erhöhung nach §§ 19 f. sowie des genehmigten Kapitals nach § 20 erfasst werden. Auch bei der Errichtung einer Urkunde über diese einseitigen Willenserklärungen treffen die berufsmäßige Parteienvertreterin besondere Belehrungs-, Prüfungs- und Identifizierungspflichten. Abs. 3 regelt, wie die Urkunde dem Firmenbuch bei der Anmeldung der Kapitalerhöhung vorzulegen ist.

Um Interessenkollisionen auszuschließen, dürfen Notarinnen und Rechtsanwältinnen in Sachen, in denen sie selbst beteiligt sind, gemäß Abs. 4 keine Urkunden über Anteilsübertragungen oder Übernahmeerklärungen errichten. Selbst beteiligt sind Notarinnen und Rechtsanwältinnen nicht nur dann, wenn sie in eigener Sache tätig werden, sondern etwa auch dann, wenn sie als Vollmachtnehmerin oder Vollmachtgeberin, gesetzliche Vertreterin, Treuhänderin oder Treugeberin, Kuratorin oder Testamentsvollstreckerin in der betreffenden Sache (im fremden Namen) einschreiten (vgl. zur entsprechenden Formulierung in § 33 Abs. 1 Z 1 NO *Zach in Murko/Nunner-Krautgasser*, Anwaltliches und notarielles Berufsrecht § 33 NO Rz 15).

Schließlich enthält die Regelung eine Verpflichtung zur Speicherung sämtlicher derartiger Urkunden im Urkundenarchiv des österreichischen Notariats oder im amtlichen Urkundenarchiv. Das gewährleistet eine nachträglich nicht mehr veränderbare Dokumentation der Vorgänge; außerdem ist dadurch sichergestellt, dass die Urkunde dem Firmenbuch elektronisch im Original übermittelt werden kann (vgl. § 13 Abs. 1 ERV 2021). Bei der Anmeldung einer Anteilsübertragung wird eine Urkundenvorlage freilich nur in Ausnahmefällen notwendig sein, weil es sich um eine vereinfachte Anmeldung nach § 11 FBG handelt.

Übersicht

I.	Allgemeines	
	A. Lockerung der Formvorschriften.....	1–3
	B. Zweck der Formpflicht.....	4, 5
II.	Formpflicht sui generis (Abs 1)	
	A. Anwendungsbereich	6–11
	B. Privaturkunde.....	12–16
	C. Belehrungs- und Prüfungspflichten	17, 18
	1. Zulässigkeitsprüfung	19–21
	2. Rechtsfolgen- und Wirksamkeitsbelehrung.....	22–30
	D. Hinweise für Notarinnen und Rechtsanwältinnen	31–33
III.	Übernahmeerklärung (Abs 2)	
	A. Anwendungsbereich	34–37
	B. Belehrungs- und Prüfungspflichten	38–45
IV.	Vorlage im Original (Abs 3)	46, 47
V.	Vermeidung von Interessenkollisionen und Dokumentationspflicht (Abs 4)	
	A. Kollisionsfall	48–56
	B. Dokumentation	57–61
	C. Verweis auf § 5a NO bzw § 10 Abs 4 RAO.....	62–64
	D. Archivierung.....	65–67

I. Allgemeines

A. Lockerung der Formvorschriften

- 1 Gem § 76 Abs 2 GmbHG bedarf die Übertragung eines Geschäftsanteils durch Rechtsgeschäft unter Lebenden der Notariatsaktsform. Für die GmbH ist diese Bestimmung zwingend und kann weder durch den Gesellschaftsvertrag noch durch die Vertragsparteien abbedungen werden.¹ Durch die Normierung der Notariatsaktpflicht kommt es zu einer **Einschränkung der freien Übertragbarkeit**. Für die FlexKapG wird von der Notariatsaktpflicht (teilweise) abgegangen und mit einer Formpflicht *sui generis* eine **Alternative** zu ebendieser geschaffen. Durch die Möglichkeit einer notariellen oder anwaltlichen (Privat-)Urkunde wird die zwingende Notwendigkeit des Notariatsaktes abbedungen.
- 2 Die Entschlankung der gesellschaftsrechtlichen Formvorschriften ist Teil des Regierungsprogramms für die Jahre 2020 bis 2024.² Aufbauend auf internationalen Beispielen soll so innovativen Startups und Gründerinnen eine unbürokratische Gründung und flexible Anteilsvergabe ermöglicht werden. Im Sinne des Abbaus der (für Österreich typischen) Bürokratie hat man sich bei der FlexKapG für eine Auflockerung von strengen Formvorschriften entschieden, da diese (gemäß den Ausführungen in den Mat) von ausländischen Investorinnen teilweise als hinderlich empfunden werden.³
- 3 Mit Hilfe der Regelungen des § 12 soll die erschwerte Veräußerung von Geschäftsanteilen sowie deren Immobilisierung im Lichte der geforderten Flexibilität gelockert werden.

B. Zweck der Formpflicht

- 4 Primärer Zweck der Formpflicht nach § 76 Abs 2 GmbHG ist die **Immobilisierung des Geschäftsanteils**. In diesem Sinne sei die Notariatsaktsform geeignet, die Geschäftsanteile dem Handel zu entziehen und die Umlauffähigkeit, insb im Börsenhandel, zu unterbinden.⁴ Weiters hat die Notariatsaktsform auch den Zweck, den Erwerber zu reiflicher Überlegung anzuhalten und ihn vor Übereilung zu schützen und soll er zudem gewährleisten, dass die Identität der jeweiligen Gesellschafter sicher festgestellt werden kann.⁵
- 5 Es ist kein Grund ersichtlich, warum die in § 12 normierte Formpflicht *sui generis* diese Formzwecke nicht ebenfalls erfüllen kann. Durch das Abgehen von der Notariatsaktpflicht soll lediglich eine flexiblere Anteilsvergabe ermöglicht

1 OGH 17.10.1995, 1 Ob 510/95.

2 Vgl Regierungsprogramm 2020 – 2024, 62.

3 ErlRV 2320 BlgNR 27. GP 10.

4 *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 76 Rz 16.

5 *Huf* in *Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG² § 76 Rz 43; *Zollner* in *U.Torggler*, GmbHG § 76 Rz 14; *Hartlieb/Schüttelkopf* in *Hartlieb/Kulnigg/Simonishvili* (Hrsg), FlexKapGG (2025) § 12 FlexKapGG Rz 34.