

## Erläuterungen

### Allgemeiner Teil

Im Regierungsprogramm für die Jahre 2020 bis 2024 wird die Schaffung einer neuen Kapitalgesellschaftsform angekündigt, die auf internationalen Beispielen aufbauen und besonders für innovative Startups und Gründerinnen in der Frühphase eine international wettbewerbsfähige Option bieten soll.

Zur Umsetzung dieses Vorhabens wurde im Bundesministerium für Justiz eine Arbeitsgruppe eingerichtet, in der unter Einbeziehung von namhaften Vertreterinnen und Vertretern der Rechtswissenschaft sowie von Expertinnen und Experten aus der Wirtschaft und der juristischen Praxis mögliche Lösungsvarianten diskutiert wurden. In dieser Diskussion wurde deutlich, dass die bestehenden österreichischen Kapitalgesellschaftsformen GmbH und AG sowohl national als auch international eine hohe Reputation genießen. Für die spezifischen Bedürfnisse von Startups und anderen innovativen Unternehmen eignet sich vor allem die Rechtsform der GmbH, die sehr weitgehende Gestaltungsmöglichkeiten im Gesellschaftsvertrag bietet. In manchen Bereichen (z.B. bei der Willensbildung der Gesellschafterinnen oder bei Kapitalmaßnahmen) wäre jedoch eine größere Freiheit zur individuellen Ausgestaltung zweckmäßig, als sie das geltende GmbH-Recht bietet. Es liegt daher nahe, als Ausgangspunkt für die neue Kapitalgesellschaft das Recht der GmbH zu wählen und dieses in mehreren Bereichen nach dem Vorbild des Aktienrechts zu modifizieren, um den besonderen Anliegen innovativer, rasch wachsender Unternehmen entgegenzukommen.

Für die neue Kapitalgesellschaftsform soll daher ein eigenes Bundesgesetz erlassen werden, in dem eine subsidiäre Geltung des GmbH-Gesetzes, RGBI. Nr. 58/1906, angeordnet wird. Durch diese Regelungstechnik kann für die neue Rechtsform in vielen Bereichen auf den reichen Erfahrungsschatz des GmbH-Rechts zurückgegriffen werden, der seit der Erlassung des GmbHG im Jahr 1906 durch Rechtswissenschaft und Judikatur zusammengetragen wurde. Außerdem ist dadurch gewährleistet, dass die neue Kapitalgesellschaft auch auf unionsrechtlicher Ebene alle Vorteile einer österreichischen GmbH genießt.

In jenen Bereichen, in denen bislang nur das Recht der Aktiengesellschaft Gestaltungsmöglichkeiten eröffnet, die von Startups gefordert werden (z.B. eigene Anteile der Gesellschaft und flexible Kapitalmaßnahmen), sollen Bestimmungen aus dem Aktiengesetz übernommen und entsprechend angepasst werden. Vor diesem Hintergrund kann die neue Rechtsform auch als Hybridform zwischen der GmbH und der Aktiengesellschaft gesehen werden.

Als Bezeichnung für die neue Kapitalgesellschaft wird „Flexible Kapitalgesellschaft“ vorgeschlagen, um die besonders weitreichenden Gestaltungsmöglichkeiten dieser Rechtsform zu betonen. Diese Bezeichnung kann im Firmenwortlaut mit „FlexKapG“ abgekürzt werden. Da die neue Kapitalgesellschaftsform insbesondere für internationale Venture Capital-Investoren attraktiv sein soll, kommen als alternative Rechtsformzusätze auch der englische Ausdruck „Flexible Company“ oder die Abkürzung „FlexCo“ in Betracht.

Die neue Rechtsform der FlexKapG, mit deren Einführung zugleich ein Meilenstein des österreichischen Aufbau- und Resilienzplans umgesetzt wird, steht selbstverständlich nicht nur Startups, sondern auch allen anderen Unternehmerinnen – insbesondere Gründerinnen in der Frühphase, Social Entrepreneurs und KMUs – zur Verfügung.

Erwähnt sei in diesem Zusammenhang auch, dass manche Wünsche der innovativen Wirtschaft bereits im Bereich des GmbH-Rechts umgesetzt wurden, wovon gleichzeitig auch die FlexKapG profitiert: So kann ein Notariatsakt, der für die Gründung einer GmbH sowie für die Anteilsübertragung oder die Übernahmeerklärung bei einer Kapitalerhöhung erforderlich ist, mittlerweile auch „unter Nutzung einer elektronischen Kommunikationsmöglichkeit“ geschlossen werden (vgl. näher dazu §§ 69b und 90a NO). Ein internationaler Investor, der sich an einer österreichischen GmbH oder FlexKapG beteiligen möchte, muss daher nicht mehr persönlich vor einem inländischen Notar erscheinen oder sich eines Bevollmächtigten bedienen, sondern kann selbst an der gesicherten Videokonferenz teilnehmen, in welcher der elektronische Notariatsakt errichtet wird. Darüber hinaus wird vorgeschlagen, in der FlexKapG für Anteilsübertragungen und Übernahmeerklärungen bei einer Kapitalerhöhung als Alternative zum Notariatsakt eine notarielle oder anwaltliche (Privat-)Urkunde zuzulassen.

Ein weiteres Kernanliegen der Startups ist es, ihre Mitarbeiterinnen zu attraktiven Bedingungen am erwarteten Unternehmenserfolg teilhaben lassen zu können. Diesbezüglich ermöglicht der Entwurf in gesellschaftsrechtlicher Hinsicht die Ausgabe von sogenannten „Unternehmenswert-Anteilen“, für deren

Übernahme und Übertragung nur geringe Formalerfordernisse bestehen und denen grundsätzlich keine Mitwirkung an der Willensbildung der Gesellschaft zukommt.

Im Hinblick auf die Regelung über die sprachliche Gleichbehandlung in § 27 FlexKapGG wird auch in den Erläuterungen zu diesem Gesetz bei natürlichen Personen ausschließlich die weibliche Form verwendet.

Außerdem ist im aktuellen Regierungsprogramm im Abschnitt „Rechtssicherheit und Entlastung für Selbstständige und KMUs“ eine Absenkung des GmbH-Mindeststammkapitals auf 10 000 Euro vorgesehen, was zugleich einen Beitrag zur weiteren Vereinfachung von Unternehmensgründungen darstellt (vgl. dazu den Abschnitt „Zivil- und Wirtschaftsrecht“). Es liegt nahe, diese Maßnahme gleichzeitig mit der neuen Kapitalgesellschaftsform umzusetzen, weil das niedrigere Stammkapital der GmbH auch der FlexKapG zugutekommt.

Das Mindeststammkapital der GmbH war zuletzt in den Jahren 2013 und 2014 Gegenstand gesetzgeberischer Maßnahmen: Zunächst kam es durch das Gesellschaftsrechts-Änderungsgesetz 2013 (GesRÄG 2013), BGBl. I Nr. 109/2013, zu einer Absenkung des Mindeststammkapitals von 35 000 Euro auf 10 000 Euro. Mit dem Abgabenänderungsgesetz 2014 (AbgÄG 2014), BGBl. I Nr. 13/2014, wurde diese Änderung zwar grundsätzlich wieder rückgängig gemacht; die Möglichkeit einer GmbH-Gründung mit einem unmittelbaren Kapitalbedarf von nur 5 000 Euro und einer (wenngleich nur temporären) Beschränkung der persönlichen Haftung der Gesellschafter auf weitere 5 000 Euro blieb durch das neue Rechtsinstitut der Gründungsprivilegierung (vgl. dazu § 10b GmbHG) jedoch erhalten.

Durch die nunmehr geplante neuerliche Absenkung des GmbH-Mindeststammkapitals auf 10 000 Euro bewegt sich Österreich im europäischen Vergleich in den mittleren Bereich der Kapitalanforderungen: Ein identisches oder ähnlich hohes Mindestkapital haben in Europa auch die italienische Società a responsabilità limitata (10 000 Euro), die liechtensteinische GmbH (10 000 Schweizer Franken  $\approx$  10 000 Euro), die luxemburgische Société à responsabilité limitée (12 000 Euro) und die ungarische Korlátolt felelősségű társaság (3 Mio. Ungarische Forint  $\approx$  7 100 Euro). Während sich viele europäische Staaten für ihre jeweilige Form der GmbH auch mit einem wesentlich niedrigeren Stammkapital von teilweise nur 1 Euro begnügen, haben vor allem Deutschland (25 000 Euro), die Schweiz (20 000 Schweizer Franken  $\approx$  20 000 Euro) und Belgien (18 550 Euro) – zumindest für die jeweilige reguläre Gesellschaftsform – ein deutlich höheres Mindeststammkapital beibehalten.

Die Zuständigkeit des Bundes zur Erlassung der vorgeschlagenen Bestimmungen gründet sich auf Art. 10 Abs. 1 Z 6 B-VG (Zivilrechtswesen einschließlich des wirtschaftlichen Assoziationswesens, Angelegenheiten der Notare und der Rechtsanwälte) sowie auf § 7 Abs. 1 F-VG (Bundesabgaben).

## **Besonderer Teil**

### **Zu Artikel 1 (FlexKapGG):**

#### **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.

#### **Zu § 2:**

Entsprechend den Ausführungen im allgemeinen Teil der Erläuterungen soll als Rechtsformzusatz in der Firma einer FlexKapG die deutsche oder die englische Bezeichnung der neuen Kapitalgesellschaftsform in ausgeschriebener oder abgekürzter Form verwendet werden können.

#### **Zu § 3:**

Um in einer FlexKapG auch sehr geringe Beteiligungen darstellen zu können, soll der Mindestbetrag für die Stammeinlagen der einzelnen Gesellschafterinnen lediglich 1 Euro – statt 70 Euro bei der GmbH – betragen.

#### **Zu § 4:**

Diese Bestimmung stellt klar, dass die vereinfachte elektronische Gründung auch für eine FlexKapG zulässig ist, sofern deren einzige Gesellschafterin zugleich einzige Geschäftsführerin werden soll und die übrigen gesetzlichen Voraussetzungen des § 9a GmbHG vorliegen. Das ergibt sich zwar bereits aus der Anordnung der subsidiären Geltung des GmbHG in § 1 Abs. 2; im Hinblick auf die Verordnungsermächtigungen des § 9a GmbHG, die sich künftig auch auf die FlexKapG erstrecken sollen, erscheint wegen des Legalitätsprinzips jedoch eine ausdrückliche Regelung angezeigt.

Bei der im zweiten Satz angesprochenen Verordnung handelt es sich um die Vereinfachte GmbH-Gründungsverordnung, BGBl. II Nr. 363/2017. Diese Verordnung wird allenfalls anzupassen sein, um auch die vereinfachte Gründung einer FlexKapG zu ermöglichen.

#### **Zu § 5:**

Da die Stammeinlage der einzelnen Gesellschafterin bei der FlexKapG nur 1 Euro beträgt (vgl. § 3), ist auch die mindestens darauf zu leistende Einzahlung mit 1 Euro festzusetzen.

#### **Zu § 6:**

Die FlexKapG verfügt vor allem im Bereich der Kapitalmaßnahmen (bedingte Kapitalerhöhung, genehmigtes Kapital) über Gestaltungsmöglichkeiten, die sonst Aktiengesellschaften vorbehalten sind. Außerdem können in dieser Rechtsform Unternehmenswert-Anteile ausgegeben werden, die sich insbesondere für die Beteiligung von Mitarbeiterinnen eignen, aber grundsätzlich nicht stimmberechtigt sind (vgl. dazu §§ 9 ff.).

Zur Stärkung der Corporate Governance in der FlexKapG erscheint es daher angebracht, die für die GmbH in § 29 Abs. 1 GmbHG geregelte Pflicht zur Bestellung eines Aufsichtsrats zu erweitern. Dabei soll an die Größenklassen des § 221 UGB angeknüpft werden und eine Verpflichtung zur Einrichtung eines Aufsichtsrats auch dann bestehen, wenn die betreffende Gesellschaft zumindest als mittelgroße Kapitalgesellschaft iSd. § 221 Abs. 2 UGB anzusehen ist. Der Zeitpunkt, ab dem eine Aufsichtsratspflicht besteht, richtet sich dabei nach § 221 Abs. 4 UGB, der auch für die sonstigen Rechtsfolgen des Erreichens einer bestimmten Größenklasse maßgeblich ist.

Das bedeutet im Ergebnis, dass die zusätzliche Aufsichtsratspflicht einer FlexKapG erst zum Tragen kommt, wenn für sie aufgrund ihrer Größe auch eine Verpflichtung zur Abschlussprüfung nach § 268 Abs. 1 UGB besteht, weil die Ausnahme für die kleine, nicht aufsichtsratspflichtige GmbH – die gemäß § 1 Abs. 2 dieses Entwurfs an sich auch der FlexKapG zugutekommt – dann nicht mehr greift. Wenn demnach ein Aufsichtsrat zu bestellen ist, kann nach Maßgabe des § 110 Abs. 5 Z 1 ArbVG – der ebenso auch für die FlexKapG gilt – auch eine Entsendung von Arbeitnehmervertreterinnen in den Aufsichtsrat erfolgen.

**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.

**Zu § 8:**

Diese Regelung erlaubt – angelehnt an § 12 Abs. 1 dritter Satz AktG – Gesellschafterinnen einer FlexKapG, die über mehr als eine Stimme verfügen, ausdrücklich eine uneinheitliche Stimmabgabe, deren Zulässigkeit bei der GmbH umstritten ist (vgl. näher dazu *Enzinger in Straube* WK GmbHG § 39 Rz 36 ff.).

Der Grund für eine solche uneinheitliche Stimmabgabe kann vor allem darin liegen, dass die betreffende Gesellschafterin ihren Geschäftsanteil zumindest teilweise – insbesondere als Treuhänderin – für eine andere wirtschaftliche Eigentümerin hält. In derartigen Konstellationen sind wie erwähnt auch in einer FlexKapG alle Verpflichtungen nach dem WiEReG (vgl. insbesondere die §§ 3 und 4 betreffend die Sorgfaltspflichten der Rechtsträger sowie die Pflichten der rechtlichen und wirtschaftlichen Eigentümerinnen) einzuhalten, wobei die uneinheitliche Stimmabgabe häufig ein Indiz für abweichendes wirtschaftliches Eigentum sein wird.

**Zu § 9:**

In Startups und anderen innovativen Unternehmen besteht häufig der Wunsch, die Mitarbeiterinnen am erhofften wirtschaftlichen Erfolg teilhaben lassen zu können. Dabei wird in erster Linie an den Fall eines „Exit Events“ – also an den gewinnbringenden Verkauf des Unternehmens an Investoren – gedacht; eine Beteiligung am (anfangs regelmäßig nicht vorhandenen oder nur sehr geringen) laufenden Gewinn steht demgegenüber im Hintergrund. Eine Teilhabe der Mitarbeiterinnen an der Willensbildung der Gesellschaft ist hingegen in den meisten Fällen nicht gewollt, weshalb bei den bislang üblichen Beteiligungsprogrammen zumeist Substanzgenussrechte – also bloß schuldrechtliche Vereinbarungen – zum Einsatz gekommen sind (vgl. dazu etwa *Feilmair/Andréewitch-Wallner*, Inhaltliche Ausgestaltung von virtuellen Mitarbeiterbeteiligungsprogrammen in der Praxis, RdW 2022/551).

Um künftig auch eine korporative Beteiligung von Mitarbeiterinnen zu ermöglichen, soll bei der FlexKapG eine spezifisch auf die erwähnten Bedürfnisse der Praxis zugeschnittene Beteiligungsform bzw. Anteilsklasse – die „Unternehmenswert-Anteile“ – vorgesehen werden, bei der die eingeschränkten Rechte aus der Gesellschafterinnenstellung durch ein deutlich reduziertes wirtschaftliches Risiko kompensiert werden. Neben diesen gesetzlich besonders geregelten Unternehmenswert-Anteilen können selbstverständlich auch in der FlexKapG durch den Gesellschaftsvertrag unterschiedliche Anteilsklassen (z.B. mit einer geringeren oder höheren Gewinnbeteiligung) geschaffen werden, bei denen ein gänzlicher Ausschluss des Stimmrechts gemäß § 39 Abs. 2 zweiter Satz GmbHG allerdings nicht in Betracht kommt.

Wenngleich die Unternehmenswert-Anteile typischerweise für Beteiligungsprogramme von Mitarbeiterinnen zur Anwendung kommen werden, sind sie keineswegs auf diesen Personenkreis beschränkt. Unter Einhaltung der Vorgaben für den Erwerb eigener Geschäftsanteile (vgl. dazu § 15 des Entwurfs) kann auch die Gesellschaft selbst Unternehmenswert-Anteile halten.

**Abs. 1:**

Nach dem ersten Satz des Abs. 1 ist für die Ausgabe von Unternehmenswert-Anteilen eine entsprechende Grundlage im Gesellschaftsvertrag erforderlich. Da solche Unternehmenswert-Beteiligten über kein

Stimmrecht verfügen (vgl. Abs. 4), ist ihre Stellung ähnlich der – bzw. noch schwächer als jene – von stimmrechtslosen Vorzugsaktionärinnen, denen in Ausnahmefällen doch ein Stimmrecht zukommt (vgl. näher dazu § 12a AktG). Es erscheint daher geboten, die Ausgabe von Unternehmenswert-Anteilen – ähnlich wie bei stimmrechtslosen Vorzugsaktien (vgl. § 12a Abs. 2 erster Satz AktG) – zu beschränken, um zu vermeiden, dass die Kapitalbeteiligung der von der Willensbildung strukturell ausgeschlossenen Unternehmenswert-Beteiligten ein zu hohes Ausmaß erreicht. Im Hinblick darauf, dass nach dem aktuellen Entwurf für die geplante EU-Geldwäsche-Verordnung künftig bereits ein Anteilsbesitz von 25% als wirtschaftliches Eigentum zu werten sein wird, soll diese Beschränkung mit unter 25% des Stammkapitals festgesetzt werden.

Durch den zweiten Satz des Abs. 1 wird klargestellt, dass ein Unternehmenswert-Anteil einem sonstigen Geschäftsanteil rechtlich gleichzuhalten ist, soweit sich aus den nachstehenden Regelungen nichts anderes ergibt. Daraus folgt unter anderem, dass die Unternehmenswert-Anteile Teil des – auch im Firmenbuch einzutragenden (siehe näher dazu Abs. 6) – Stammkapitals der Gesellschaft sind, wobei sich die zuvor erwähnte Beschränkung stets auf das gesamte, allenfalls geänderte Stammkapital bezieht. Eine FlexKapG, in der es bisher keine Unternehmenswert-Anteile gab und deren Stammkapital bislang 75 000 Euro betrug, könnte im Zug einer Kapitalerhöhung um 25 000 Euro also fast den gesamten Erhöhungsbetrag in Form von Unternehmenswert-Anteilen ausgeben. Das Stammkapital dieser Gesellschaft beläuft sich dann auf insgesamt 100 000 Euro, von denen knapp unter 25% Unternehmenswert-Anteile sind.

Abs. 2:

Um bei Unternehmenswert-Anteilen eine noch niedrigere Beteiligungsquote zu ermöglichen, sollen die geringste zulässige Stammeinlage sowie der Mindestnennbetrag von Stückanteilen statt 1 Euro nur 1 Cent betragen.

Da Unternehmenswert-Beteiligte von der Mitwirkung an der Willensbildung der Gesellschaft weitestgehend ausgeschlossen sind (vgl. Abs. 4 und 5), soll das mit einer solchen Beteiligung verbundene Risiko möglichst gering sein. Daher muss bereits bei der Übernahme einer Unternehmenswert-Beteiligung die entsprechende Stammeinlage in voller Höhe eingezahlt werden, wodurch eine spätere Inanspruchnahme (z.B. durch die Masseverwalterin im Konkursfall) nicht in Betracht kommt. Auch eine Verpflichtung zur Leistung von Nachschüssen – die ohnehin nur besteht, wenn sie im Gesellschaftsvertrag vorgesehen ist (vgl. § 72 Abs. 1 GmbHG) – sowie eine Haftung für bei anderen Gesellschafterinnen uneinbringliche Stammeinlagen oder zurückgewährte Einlagen kann Unternehmenswert-Beteiligte kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung nicht treffen.

Auf der anderen Seite soll Unternehmenswert-Beteiligten bei der Erhöhung des Stammkapitals von Gesetzes wegen kein Bezugsrecht zukommen; ein solches Recht kann ihnen aber im Gesellschaftsvertrag eingeräumt werden.

Abs. 3:

Der zentrale wirtschaftliche Wert eines Unternehmenswert-Anteils liegt – wie auch bereits in der gesetzlichen Bezeichnung zum Ausdruck kommt – in der Beteiligung am Substanzwert des Unternehmens, der entweder durch eine Veräußerung oder durch einen entsprechenden Anteil am Liquidationserlös in Geld umgewandelt werden kann. Während die Beteiligungsmöglichkeit an einer lukrativen Veräußerung durch das Mitverkaufsrecht nach § 10 abgebildet wird, soll eine dem Verhältnis ihrer eingezahlten Stammeinlagen entsprechende Beteiligung der Unternehmenswert-Beteiligten am Liquidationserlös – anders als nach § 91 Abs. 3 GmbHG – grundsätzlich zwingend sein. Dasselbe soll für die Beteiligung am Bilanzgewinn gelten, die zwar in Startups in der Wachstumsphase wie erwähnt meist keine besondere Rolle spielt, in KMU aber durchaus ebenfalls einen attraktiven finanziellen Anreiz für Mitarbeiterinnen darstellen kann. Daher ist bei Unternehmenswert-Anteilen im Prinzip auch kein Abweichen von der Regelung des § 82 Abs. 2 GmbHG erlaubt.

Um insbesondere den speziellen Bedürfnissen von Startups Rechnung zu tragen, soll es jedoch möglich sein, anstelle der den jeweils eingezahlten Stammeinlagen entsprechenden Beteiligung am Bilanzgewinn und am Liquidationserlös eine diesbezügliche Gleichstellung mit den (in § 10 Abs. 2 näher definierten) Gründungsgesellschafterinnen vorzusehen. Diese nehmen häufig eine Schlechterstellung in Kauf, um später hinzukommenden Investoren eine besonders attraktive Beteiligung an der Gesellschaft zu ermöglichen. Da davon auszugehen ist, dass sich die Gründungsgesellschafterinnen dabei insgesamt nicht selbst übervorteilen werden, erscheint es sachgerecht, die für diese geltenden gesellschaftsvertraglichen Regelungen auch als Grundlage für die Rechte der Unternehmenswert-Beteiligten zuzulassen. Die demnach gebotene Gleichbehandlung von Gründungsgesellschafterinnen und Unternehmenswert-Beteiligten in Bezug auf die Beteiligung am Bilanzgewinn und am Liquidationserlös ist freilich keine absolute, sondern hat wiederum die Höhe der jeweils eingezahlten Stammeinlagen zu berücksichtigen.

Falls gewünscht, kann im Gesellschaftsvertrag hinsichtlich der Beteiligung am Bilanzgewinn und am Liquidationserlös auch eine Besserstellung der Unternehmenswert-Beteiligten im Vergleich zu den Gründungsgesellschafterinnen vorgesehen werden, was durch das Wort „zumindest“ zum Ausdruck gebracht wird.

Abs. 4:

Aufgrund des evidenten Interesses der Unternehmenswert-Beteiligten an der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft ist im ersten Satz des Abs. 4 vorgesehen, dass sie auch ein Recht zur Information über und die Einsicht in den Jahresabschluss etc. sowie die Bücher und Schriften der Gesellschaft haben. Durch die Formulierung, dass ihnen ausschließlich die Informations- und Einsichtsrechte nach § 22 Abs. 2 und 3 GmbHG zustehen, soll zum Ausdruck gebracht werden, dass die Unternehmenswert-Beteiligten nur über die im GmbH-Gesetz ausdrücklich vorgesehenen Rechte, nicht jedoch über den in ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs bejahten umfassenden Informationsanspruch von GmbH-Gesellschafterinnen (vgl. näher dazu RIS-Justiz RS0060098) verfügen. Diese Regelung beruht auf der Überlegung, dass die in der Judikatur als Begründung für das umfassende Informationsrecht herangezogenen Prüfungs- und Leitungsaufgaben von Gesellschafterinnen den Unternehmenswert-Beteiligten mangels Beteiligung an der Willensbildung gerade nicht zukommen. Soweit die Gesellschaft den Unternehmenswert-Beteiligten demnach bestimmte Unterlagen „zuzusenden“ hat, kann dies grundsätzlich auch durch Übermittlung an eine der Gesellschaft bekannt gegebene E-Mail-Adresse erfolgen (vgl. näher dazu etwa *Edelmann/Nayer in H. Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG § 22 Rz 32). Die ihnen zustehenden Informations- und Einsichtsrechte können auch Unternehmenswert-Beteiligte erforderlichenfalls im außerstreitigen Verfahren durchsetzen (vgl. näher dazu RIS-Justiz RS0005796 und RS0060104).

Entsprechend der Grundkonzeption des Unternehmenswert-Anteils als Teilhabe am Substanzwert und am Gewinn, jedoch nicht an der Willensbildung der Gesellschaft, soll Unternehmenswert-Beteiligten nach dem zweiten Satz des Abs. 4 prinzipiell kein Stimmrecht und kein Recht zur gerichtlichen Beschlussanfechtung zukommen. Damit sie über die Vorgänge in der Gesellschaft aber zumindest umfassend informiert sind, haben sie ein Recht zur Teilnahme an Generalversammlungen und zur Verständigung von der Durchführung schriftlicher Abstimmungen. Mit dem Recht zur Teilnahme an den Generalversammlungen ist auch ein umfassendes Auskunfts- und Fragerecht der Unternehmenswert-Beteiligten verbunden, wie es auch allen sonstigen Gesellschafterinnen zukommt (vgl. *R. Winkler in H. Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG § 34 Rz 13).

Aus dem Teilnahmerecht der Unternehmenswert-Beteiligten an Generalversammlungen ergibt sich auch die Verpflichtung der Gesellschaft, sie wie sonstige Gesellschafterinnen zu solchen Versammlungen einzuladen (vgl. § 38 Abs. 1 GmbH); Entsprechendes gilt für die Verständigung von schriftlichen Abstimmungen und die Zusendung von gefassten Beschlüssen (vgl. § 40 Abs. 2 GmbHG). Während Gesellschafterinnen diese Informationen grundsätzlich mit eingeschriebenem Brief zuzusenden sind, soll das bei Unternehmenswert-Beteiligten ausdrücklich nicht erforderlich sein. Dadurch sollen die Gesellschaften vor einer unnötigen Kostenbelastung bewahrt werden, zumal etwa durch die Zusendung von Beschlüssen an Unternehmenswert-Beteiligte – im Unterschied zur einer Beschlusszusendung an Gesellschafterinnen nach § 40 Abs. 2 GmbHG – auch keine Anfechtungsfrist ausgelöst wird. Somit können auch diese Zusendungen an die Unternehmenswert-Beteiligten im Regelfall per E-Mail vorgenommen werden.

Abs. 5:

Vom Grundsatz, dass Unternehmenswert-Beteiligte von der Willensbildung in der Gesellschaft ausgeschlossen sind, ist in jenen Fällen eine Ausnahme vorzusehen, in denen es um einen unmittelbaren Eingriff in die ihnen gesellschaftsvertraglich zugesicherte Rechtsposition geht. Dies ist von Gesetzes wegen zum einen dann der Fall, wenn es durch eine Änderung des Gesellschaftsvertrags zu einer Änderung der Rechte der Unternehmenswert-Beteiligten nach Abs. 3 käme (z.B. bei der nachträglichen Einführung der Gleichbehandlungsregelung mit den Gründungsgesellschafterinnen iSd. Abs. 3 zweiter Satz); zum anderen stellt die in Abs. 9 geregelte Umwandlung von Unternehmenswert-Anteilen in Geschäftsanteile einen derartigen Rechtseingriff dar. Gesellschaftsvertraglich können auch weitergehende Zustimmungsrechte der Unternehmenswert-Beteiligten geregelt werden.

In diesen Fällen bedarf es einer individuellen Zustimmung aller Unternehmenswert-Beteiligten, die von dieser Änderung betroffen sind. Bei einer teilweisen Umwandlung von Unternehmenswert-Anteilen in Geschäftsanteile müssen daher nur jene Unternehmenswert-Beteiligten zustimmen, deren Anteile tatsächlich umgewandelt werden sollen. Die betroffenen Unternehmenswert-Beteiligten dürfen daher an der Beschlussfassung in der Generalversammlung oder an der schriftlichen Abstimmung teilnehmen und

haben ein Recht auf Beschlusszusendung gemäß § 40 Abs. 2 GmbHG; außerdem können sie gegebenenfalls eine Klage auf Anfechtung oder Nichtigkeitserklärung der in ihre Rechte eingreifenden Beschlüsse erheben.

Nach dem dritten Satz des Abs. 5 ist eine Zustimmung der Unternehmenswert-Beteiligten allerdings dann nicht erforderlich, wenn die Unternehmenswert-Beteiligten aufgrund einer gesellschaftsvertraglichen Regelung iSd. Abs. 3 zweiter Satz in Bezug auf die Gewinnverteilung und die Beteiligung am Liquidationserlös gleich zu behandeln sind wie die Gründungsgesellschafterinnen und darüber hinaus bereits bei Einräumung der Unternehmenswert-Anteile ausdrücklich der Vorbehalt erklärt wurde, dass später ausgegebenen Geschäftsanteilen oder Unternehmenswert-Anteilen eine vorrangige Rechtsposition eingeräumt werden kann. Aufgrund eines derartigen Vorbehalts müssen die Unternehmenswert-Beteiligten von vornherein mit einer solchen Vorrangeinräumung rechnen, was den Ausschluss des Zustimmungsrechts rechtfertigt. Auf diese Weise können die bei Startups üblichen Liquidationspräferenzen für später einsteigende Investoren auch ohne (bzw. mit vorweggenommener) Einwilligung der Unternehmenswert-Beteiligten gewährt werden.

Abs. 6:

Im GmbHG ist sowohl für die Übernahme von Geschäftsanteilen an einer GmbH im Zuge der Gründung (vgl. § 4 Abs. 1 Z 4 iVm. Abs. 3 GmbHG) oder bei einer Kapitalerhöhung (vgl. § 52 Abs. 4 GmbHG) als auch für die Übertragung eines Geschäftsanteils durch Rechtsgeschäft unter Lebenden (vgl. § 76 Abs. 2 GmbHG) die Form eines Notariatsakts vorgeschrieben. Diese Formpflicht gewährleistet zum einen eine umfassende rechtliche Belehrung aller Personen, die sich an einer sehr individuell ausgestaltbaren GmbH beteiligen wollen, und zum anderen ein besonders hohes Maß an Rechtssicherheit, die auch essentiell für die Eintragung der Gesellschafterinnen im Firmenbuch (vgl. § 5 Z 6 FBG) und die damit verbundene Transparenz der Beteiligungsverhältnisse ist.

Für Geschäftsanteile an einer FlexKapG soll bei Anteilsübertragungen und Übernahmeerklärungen als Alternative zum Notariatsakt eine notarielle oder anwaltliche (Privat-)Urkunde vorgesehen werden (vgl. näher dazu § 12). Für den neuen Unternehmenswert-Anteil, der eine Beteiligungsform sui generis mit gesetzlich genau determinierten und stark eingeschränkten Rechten und Pflichten darstellt, erscheint jedoch eine gänzliche Ausnahme von diesem Formerfordernis gerechtfertigt. Damit wird auch der Forderung der Startups nach einer möglichst einfachen und kostengünstigen Beteiligung von Mitarbeiterinnen – etwa im Rahmen von Vesting-Programmen – Rechnung getragen. Für die Übernahme eines Unternehmenswert-Anteils (z.B. im Zug einer Kapitalerhöhung) oder für die Übertragung eines solchen (z.B. im Fall eines käuflichen Erwerbs) soll daher die Einhaltung der Schriftform ausreichen, die auch bei Verwendung von qualifizierten elektronischen Signaturen erfüllt ist (vgl. näher dazu § 4 Abs. 1 SVG).

Gegen eine – für Gesellschafterinnen gesetzlich vorgeschriebene – individuelle Eintragung im Firmenbuch sprechen bei Unternehmenswert-Beteiligten vor allem zwei Gründe: Zum einen würde ein beträchtlicher Aufwand geschaffen, wenn jeder einzelne Beteiligungserwerb oder -zuwachs, wie er gerade bei Mitarbeiterinnen von Startups in der Praxis laufend vorkommt, zum Firmenbuch angemeldet werden müsste; zum anderen besteht diesbezüglich auch keine wirkliche Notwendigkeit, weil die Rechtsstellung der von der Willensbildung der Gesellschaft weitestgehend ausgeschlossenen Unternehmenswert-Beteiligten eher mit der von stimmrechtslosen Vorzugsaktionärinnen vergleichbar ist als mit jener von Gesellschafterinnen einer GmbH bzw. FlexKapG.

Vor diesem Hintergrund erscheint es zweckmäßig, sich mit einer Eintragung des Umstands, dass es Unternehmenswert-Anteile gibt, der Summe der insgesamt darauf entfallenden Stammeinlagen und der – wegen Abs. 2 zweiter Satz zwangsläufig gleich hohen – Summe der darauf geleisteten Einzahlungen zu begnügen. In der im österreichischen Firmenbuch vorgesehenen tabellarischen Form könnte eine entsprechende Anmeldung bzw. Eintragung daher z.B. wie folgt lauten:

GESELLSCHAFTER/IN	STAMMEINLAGE	HIERAUF GELEISTET
...	...	...
Unternehmenswert-Anteile	€ 17.000,-	€ 17.000,-

Abs. 7:

Bei der GmbH gilt im Verhältnis zur Gesellschaft nur diejenige als Gesellschafterin, die im Firmenbuch als solche aufscheint (vgl. § 78 Abs. 1 GmbHG). In Ermangelung einer individuellen Eintragung der Unternehmenswert-Beteiligten einer FlexKapG im Firmenbuch bedarf es insoweit einer anderen Form der Dokumentation. Als Regelungsvorbild bietet sich § 61 AktG über das Aktienbuch an, das hier freilich als „Anteilsbuch“ zu bezeichnen ist.

Die im Anteilsbuch einzutragenden Tatsachen werden in Z 1 und 2 festgelegt. Falls die Gesellschaft eigene Unternehmenswert-Anteile erworben hat (vgl. dazu § 15 des Entwurfs), sind auch diese im Anteilsbuch einzutragen. Im Übrigen wird eine sinngemäße Geltung der Bestimmungen betreffend das Aktienbuch einer AG angeordnet, woraus unter anderem auch folgt, dass im Verhältnis zur Gesellschaft nur diejenigen Personen als Unternehmenswert-Beteiligte gelten, die als solche im Anteilsbuch eingetragen sind (vgl. § 61 Abs. 2 erster Satz AktG).

Abs. 8:

Um auch bei Unternehmenswert-Anteilen ein ausreichendes Maß an Beteiligungstransparenz zu gewährleisten, sollen die auch für die Führung des Anteilsbuchs nach Abs. 7 verantwortlichen Geschäftsführerinnen verpflichtet sein, bei der Gründung und sodann innerhalb der ersten neun Monate jedes Geschäftsjahres – also innerhalb jener Frist, die auch für die Offenlegung des Jahresabschlusses einzuhalten ist (vgl. § 277 Abs. 1 UGB) – zwei Listen mit Angaben zu den Unternehmenswert-Beteiligten zum Firmenbuch einzureichen. Während die erste Liste – die sogenannte Namensliste – nur die Namen und Geburtsdaten bzw. Firmenbuchnummern der Unternehmenswert-Beteiligten zum Zeitpunkt der Listenerstellung enthält, umfasst die zweite Liste – die als Anteilsliste bezeichnet wird – auch die Angaben über die Höhe ihrer Stammeinlagen und der darauf geleisteten Einzahlungen. Falls es seit der Erstellung der vorangegangenen Anteilsliste zu Veränderungen gekommen ist, die in der folgenden Liste bereits nicht mehr ersichtlich wären (z.B. die Mitarbeiterin X einer Gesellschaft mit Regelgeschäftsjahr hat im April bislang von der Gesellschaft selbst gehaltene Unternehmenswert-Anteile erworben und diese schon im Juni wieder an die Gesellschaft zurückverkauft), müssen – im Sinn einer vollständigen Dokumentation – auch diese zwischenzeitigen Veränderungen dargestellt werden.

Die Einreichung von zwei separaten Listen ist deshalb erforderlich, weil kraft ausdrücklicher gesetzlicher Regelung nur die Namensliste in die öffentlich zugängliche Urkundensammlung aufgenommen werden soll (vgl. näher dazu § 12 Abs. 1 FBG). Die Anteilsliste mit sämtlichen Angaben wird demgegenüber nur zum betreffenden Firmenbuchakt genommen; dadurch soll das Interesse der Gesellschaften und der Unternehmenswert-Beteiligten geschützt werden, die (typischerweise geringe) Höhe der einzelnen Beteiligungen – und dadurch mittelbar auch die Einzelheiten ihrer Vesting-Vereinbarungen – nicht der Öffentlichkeit preisgeben zu müssen. Durch die Aufnahme der Anteilsliste in den Firmenbuchakt ist dennoch eine objektive Dokumentation – verbunden mit der Möglichkeit einer Akteneinsicht bei Vorliegen eines rechtlichen Interesses (vgl. näher dazu § 219 ZPO iVm. § 22 AußStrG) – gewährleistet.

Durch die Pflicht zur jährlichen Offenlegung der Unternehmenswert-Beteiligten gegenüber dem Firmenbuch ändert sich selbstverständlich nichts an der Verpflichtung, gegebenenfalls Daten zu den wirtschaftlichen Eigentümerinnen bereits binnen vier Wochen nach der erstmaligen Eintragung der Gesellschaft im Firmenbuch oder nach Kenntnis von einer Änderung an die Bundesanstalt Statistik Österreich zu übermitteln (vgl. näher dazu den vorgeschlagenen § 5 Abs. 2a Wirtschaftliche Eigentümer Registergesetz – WiEReG).

Im Sinn einer größtmöglichen Aktualität der Namens- und der Anteilsliste dürfen die darin enthaltenen Angaben nicht älter als einen Monat sein. Unterlassen die Geschäftsführerinnen eine fristgerechte Einreichung dieser Listen, so hat das Firmenbuchgericht nach § 24 FBG vorzugehen.

Abs. 9:

Eine Umwandlung von Unternehmenswert-Anteilen in (reguläre) Geschäftsanteile kann nur im Weg einer Kapitalherabsetzung sowie einer Kapitalerhöhung erfolgen, wobei für letztere insbesondere die Formvorschriften des § 52 Abs. 4 GmbHG oder des § 12 Abs. 2 (Übernahmeerklärungen in Notariatsaktsform bzw. durch notarielle oder anwaltliche Privaturkunde) gelten. Zu beachten ist dabei auch, dass der Beschluss für diese Umwandlung gemäß Abs. 5 der Zustimmung aller betroffenen Unternehmenswert-Beteiligten bedarf.

Wenn es – was regelmäßig der Fall sein wird – bei einer gleichzeitig beschlossenen Kapitalherabsetzung und -erhöhung um denselben Betrag weder zur Rückzahlung von Einlagen an die bisherigen Unternehmenswert-Beteiligten noch zur Leistung von Einlagen durch diese kommt, werden die Interessen der Gesellschaftsgläubigerinnen durch diesen Vorgang nicht tangiert. Daher kann auf einen Gläubigerinnenaufruf bei der Kapitalherabsetzung ebenso verzichtet werden wie auf eine Sacheinlagenprüfung bei der Kapitalerhöhung.

#### **Zu § 10:**

Abs. 1:

§ 9 Abs. 1 verlangt als Voraussetzung für die Ausgabe von Unternehmenswert-Anteilen eine entsprechende Regelung im Gesellschaftsvertrag, die gemäß § 10 Abs. 1 mit einer Bestimmung über das Mitverkaufsrecht verbunden sein muss. Dieses Recht muss jedenfalls dann bestehen, wenn die Gründungsgesellschafterinnen

ihre Geschäftsanteile mehrheitlich veräußern (erster Satz); weitere Mitverkaufsfälle können gesellschaftsvertraglich definiert werden (zweiter Satz).

Das Vorhandensein einer den Vorgaben des § 10 entsprechenden Regelung im Gesellschaftsvertrag ist zunächst von der Notarin und in weiterer Folge auch vom Firmenbuchgericht zu prüfen, das die neue Gesellschaft bzw. die Änderung des Gesellschaftsvertrags einträgt.

Abs. 2:

Das Mitverkaufsrecht nach § 10 soll dadurch ausgelöst werden, dass die Gründungsgesellschafterinnen ihre Geschäftsanteile mehrheitlich veräußern wollen. Als Gründungsgesellschafterinnen sind dabei gemäß Abs. 2 erster Satz jene Personen anzusehen, die im Gesellschaftsvertrag als solche benannt werden, wobei diese Gesellschafterinnen zum Zeitpunkt der Ausgabe der Unternehmenswert-Anteile über die Mehrheit des Kapitals in der Gesellschaft verfügen müssen. Typischerweise wird damit auch eine (anfängliche) Mehrheit der Stimmrechte verbunden sein; das Gesetz stellt darauf aber nicht ab.

Als Exit Event, das die Unternehmenswert-Beteiligten zum Mitverkauf berechtigt, wird der beabsichtigte mehrheitliche Verkauf jener Geschäftsanteile an Dritte definiert, die den Gründungsgesellschafterinnen ursprünglich die Kapitalmehrheit vermittelt haben. Gibt es also beispielsweise in einer Gesellschaft mit einem anfänglichen Stammkapital von 100 000 Euro eine Gründungsgesellschafterin mit einer Stammeinlage von 60 000 Euro, wird das Mitverkaufsrecht ausgelöst, wenn diese Gesellschafterin mehr als die Hälfte dieser Stammeinlage – also zumindest 30 001 Euro – verkauft. Nicht relevant ist hingegen, ob die Gründungsgesellschafterin auch im Zeitpunkt des Verkaufs noch über die Kapitalmehrheit verfügt oder diese – etwa durch zwischenzeitige Kapitalerhöhungen, an denen sich ausschließlich neue Investoren beteiligt haben – bereits verloren hat.

Der mehrheitliche Verkauf durch die Gründungsgesellschafterinnen wird häufig zum selben Zeitpunkt erfolgen; bei sukzessiven Verkäufen löst jener das Mitverkaufsrecht aus, nach dem die Gründungsgesellschafterinnen insgesamt über weniger als die Hälfte ihrer anfänglichen Stammeinlagen verfügen. Verkauft die Gründungsgesellschafterin in obigem Beispiel ihren Geschäftsanteil also sukzessive, ist darauf abzustellen, nach welchem Verkauf ihre Kapitalbeteiligung weniger als 30 000 Euro als betragen würde.

Da das Gesetz ausdrücklich auf einen beabsichtigten Verkauf „an eine oder mehrere Dritte“ abstellt, sind Anteilsverschiebungen zwischen Gründungsgesellschafterinnen für das Mitverkaufsrecht nicht relevant. Es ist vielmehr stets gesamtheitlich zu betrachten, ob die ursprünglichen Stammeinlagen der Gründungsgesellschafterinnen noch mehrheitlich von diesen gehalten werden.

Wenn ein beabsichtigter Verkauf demnach das Mitverkaufsrecht auslöst, müssen die betreffenden Gründungsgesellschafterinnen mit der in Aussicht genommenen Erwerberin vereinbaren, dass diese auch den Unternehmenswert-Beteiligten den Ankauf von deren Anteilen anbietet. Der angebotene Preis muss dabei – freilich bezogen auf das Ausmaß der jeweiligen Beteiligung – zumindest jenem entsprechen, den auch die Gründungsgesellschafterinnen erhalten sollen; auch die übrigen Konditionen (z.B. betreffend die Fälligkeit des Kaufpreises) müssen gleich sein. Im Sonderfall von sukzessiven Verkäufen durch Gründungsgesellschafterinnen muss – sofern in der Vergangenheit höhere Preise erzielt wurden als beim nunmehr beabsichtigten Verkauf – ein nach den jeweiligen Verkaufsvolumina gewichteter Durchschnittspreis aus diesen höheren Preisen und dem jetzt vereinbarten Kaufpreis angeboten werden. Hat die Gründungsgesellschafterin in obigem Beispiel daher zunächst ein Viertel ihrer Beteiligung am Stammkapital, also 15 000 Euro, um einen Kaufpreis von 12 Euro pro Euro Kapitalbeteiligung (d.h. um insgesamt 180 000 Euro) verkauft und steht nunmehr ein Verkauf der restlichen drei Viertel ihrer Beteiligung am Stammkapital, also von 45 000 Euro, um einen Kaufpreis von 8 Euro pro Euro Kapitalbeteiligung (d.h. um insgesamt 360 000 Euro) an, so beträgt der den Unternehmenswert-Beteiligten anzubietende gewichtete Durchschnittspreis 9 Euro pro Euro Kapitalbeteiligung.

Abs. 3:

Über die Höhe des mit der Gründungsgesellschafterin vereinbarten – und daher auch ihnen anzubietenden – Preises und die sonstigen Konditionen können sich die Unternehmenswert-Beteiligten aus den ihnen zur Verfügung zu stellenden Unterlagen informieren. Bei sukzessiven Verkäufen durch Gründungsgesellschafterinnen müssen den Unternehmenswert-Beteiligten auch jene Unterlagen zur Verfügung gestellt werden, die für die Ermittlung des höheren Durchschnittspreises relevant sind.

#### **Zu § 11:**

In § 11 werden zusätzliche Regelungen zum Schutz und zur Information von Unternehmenswert-Beteiligten vorgesehen, die zugleich Mitarbeiterinnen der Gesellschaft sind oder waren. Der Begriff der Mitarbeiterin ist in diesem Zusammenhang weit auszulegen und umfasst neben Angestellten und Arbeiterinnen z.B. auch freie Dienstnehmerinnen einer FlexKapG.

Dazu wird zunächst in Abs. 1 eine schriftliche Belehrungspflicht der Gesellschaft gegenüber ihren Mitarbeiterinnen normiert, denen Unternehmenswert-Anteile angeboten werden. Die demnach erforderliche Belehrung „in rechtlicher und wirtschaftlicher Hinsicht“ umfasst neben einer Erläuterung der konkreten Voraussetzungen für den Erwerb dieser Unternehmenswert-Anteile („Vesting“) und der Veräußerungsmöglichkeiten (vor allem bei einem Exit Event oder einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses) insbesondere auch die steuerlichen und sozialversicherungsrechtlichen Rahmenbedingungen des Mitarbeiterinnen-Beteiligungsprogramms. Durch die zweiwöchige Frist, die nach der Belehrung verstreichen muss, soll eine wohlinformierte Entscheidung der Mitarbeiterinnen sichergestellt werden.

Außerdem muss der Gesellschaftsvertrag gemäß Abs. 2 zusätzlich zu den gemäß § 10 erforderlichen Bestimmungen auch eine Regelung enthalten, an wen und zu welchen Konditionen Mitarbeiterinnen ihre Unternehmenswert-Anteile veräußern können, wenn das Beschäftigungsverhältnis – aus welchem Grund auch immer – beendet wird. Durch diese verpflichtend vorzusehende Verkaufsoption haben ausscheidende Mitarbeiterinnen die Möglichkeit, gleichzeitig mit dem Beschäftigungsverhältnis auch ihre korporative Verbindung mit der Gesellschaft zu beenden. Die entsprechende gesellschaftsvertragliche Bestimmung hat neben der Festlegung der zum Erwerb verpflichteten Person(en) – bei der bzw. denen es sich vor allem um die Gesellschaft selbst (vgl. näher dazu § 15 des Entwurfs), aber etwa auch um maßgebliche Gesellschafterinnen handeln kann – insbesondere auch eine Regelung zu enthalten, wie der Kaufpreis zu ermitteln ist. Prinzipiell zulässig wäre auch eine Regelung, wonach die Veräußerung nicht sofort, sondern nur zu bestimmten Terminen oder erst nach Ablauf bestimmter Fristen erfolgen kann.

#### **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 Kapitalerhöhung 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 anwaltlichen 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.

#### **Zu § 13:**

Bei der FlexKapG soll ein Abgehen vom Grundsatz der Einheitlichkeit des Geschäftsanteils möglich sein, um auch den Erwerb von Anteilen in verschiedenen Finanzierungsrunden mit unterschiedlichen Gattungen von Geschäftsanteilen zu ermöglichen.

Die unterschiedliche Ausgestaltung der Geschäftsanteile war auch bei der GmbH schon bislang zulässig. Mit dieser Bestimmung wird nun bei der FlexKapG die Möglichkeit geschaffen, dass eine Gesellschafterin auch Geschäftsanteile verschiedener Gattungen erwerben und halten kann. Da die Bedürfnisse nach der inhaltlichen Gestaltung von Gattungen derart mannigfaltig sind, sieht der Entwurf davon ab, den Begriff der Gattung näher zu definieren und spezielle Regelungen dafür vorzusehen. Das bedeutet, dass bei der Ausgestaltung von Anteilsgattungen im Wege der Privatautonomie wie auch sonst (nur) die Vorgaben zwingenden Rechts einzuhalten sind.

Eine nachträgliche Änderung der Verhältnisse der Gattungen zum Nachteil einer der Gattungen bedarf grundsätzlich der Zustimmung der benachteiligten Gesellschafterinnen gemäß § 50 Abs. 4 GmbHG. Im Gesellschaftsvertrag kann aber auch eine Regelung entsprechend § 146 Abs. 2 AktG vorgesehen werden.

#### **Zu § 14:**

Wegen des weniger personalistischen Charakters der FlexKapG soll das Regel-Ausnahme-Verhältnis des GmbHG betreffend die Teilbarkeit von Geschäftsanteilen umgekehrt werden. In Ermangelung einer gegenteiligen Regelung im Gesellschaftsvertrag sind die Geschäftsanteile also teilbar.

Sofern im Gesellschaftsvertrag die Ausgabe von Stückanteilen gemäß § 13 vorgesehen ist, die nach dem dritten Satz dieser Bestimmung nicht (weiter) teilbar sind, kommt § 14 keine Bedeutung zu.

#### **Zu § 15:**

Die derzeit geltende Bestimmung des § 81 GmbHG, die einen Erwerb eigener Geschäftsanteile grundsätzlich verbietet, ist im Vergleich zum Aktienrecht und auch im Vergleich mit dem deutschen GmbHG restriktiv (siehe auch *Kalss* in *Kalss/Schauer*, GA 16. ÖJT S. 514). Daher wird für die FlexKapG eine Regelung nach dem Vorbild der §§ 65 ff. AktG vorgeschlagen, die schon nach dem geltenden § 81 GmbHG auf die nach dieser Bestimmung zugelassenen Erwerbsfälle Anwendung finden. Dem Gläubigerinnenschutz kann durch Übernahme der entsprechenden aktienrechtlichen Regelung Rechnung getragen werden (Abs. 5). Das gleiche gilt für den Schutz der Gesellschaft vor einer Einflussnahme der Geschäftsführerinnen auf die Willensbildung der Generalversammlung (Abs. 6).

Ein zentrales Regelungsthema des Rückerwerbs und der Veräußerung eigener Geschäftsanteile ist die Wahrung der Gleichbehandlung der Gesellschafterinnen. Die Ausgangslage ist bei der FlexKapG allerdings etwas anders als im Aktienrecht: Veräußerung und Erwerb eigener Geschäftsanteile sind Rechtsgeschäfte zwischen Gesellschaft und Gesellschafterin, für die bei der FlexKapG gemäß § 39 Abs. 4 GmbHG ein Stimmverbot der Betroffenen eingreift (*Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG<sup>22</sup> § 47 Rz 90), das im Aktienrecht nicht vorgesehen ist. Der Entwurf schreibt daher die Benennung der Personen, von der die Geschäftsanteile rückerworben oder an die sie veräußert werden sollen, als Mindestinhalt des Rückerwerbs- oder Veräußerungsbeschlusses vor (Abs. 2 und 3) und sieht von einem Andienungsrecht ab, wie es für die geschlossene AG vorgeschlagen wurde (*Kalss* in *Kalss/Schauer*, GA 16. ÖJT S. 410).

Abweichend von § 65 Abs. 1b erster Satz AktG wird der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht eigens hervorgehoben, was an seiner Anwendbarkeit nichts ändert. An die sachliche Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung dürften wegen des Stimmverbots allerdings geringere Anforderungen zu stellen sein.

Aus den nämlichen Gründen sieht der Entwurf davon ab, ein Bezugsrecht bei der Veräußerung eigener Geschäftsanteile vorzusehen. Bei der Wiederveräußerung eigener Geschäftsanteile ist ein Bezugsrecht auch zur Wahrung der Beteiligungsquote nicht erforderlich (*Kalss in Kalss/Schauer*, GA 16. ÖJT S. 429 f.)

Der Gesellschaftsvertrag kann die Bedingungen des Ruckerwerbs näher ausgestalten; so etwa in Gestalt von Ruckerwerbsrechten oder -pflichten im Fall der Ausübung eines gesellschaftsvertraglichen Kündigungsrechts oder bei Erbfall oder vergleichbaren Anlässen.

Im Vergleich zum Aktienrecht kommt die vorgeschlagene Regelung mit einer geringeren Zahl von Erwerbstatbeständen aus. Die stärkere Ausdifferenzierung im Aktienrecht ist teils Folge der anderen Organisationsstruktur, teils ist sie auf die Möglichkeit des Börsehandels und letztlich auch auf die Differenzierung zwischen börsennotierten und nicht börsennotierten Aktiengesellschaften zurückzuführen. Auf Parallelen zu den Erwerbstatbeständen gemäß § 65 Abs. 1 Z 1 AktG (schwerer Schaden), Z 2 zweite Alternative (Einkaufskommission) und Z 7 (Wertpapierhandel) konnte daher verzichtet werden. Auch bedarf es keines gesonderten Erwerbstatbestandes für die Mitarbeiterinnenbeteiligung; diese Möglichkeit wird durch den Generaltatbestand nach Abs. 1 Z 5 abgedeckt.

Eine FlexKapG, die Unternehmenswert-Anteile ausgegeben hat, kann aus verschiedenen Gründen daran interessiert sein, diese Anteile selbst zu erwerben (z.B. wenn aus dem Unternehmen ausscheidenden Mitarbeiterinnen vertraglich ein Rückverkaufsrecht an die Gesellschaft eingeräumt wurde oder wenn solche Anteile für eine spätere Übertragung an Mitarbeiterinnen vorrätig gehalten werden sollen). Der Erwerb eigener Unternehmenswert-Anteile iSd. § 9 soll daher gemäß Abs. 1 Z 6 grundsätzlich zulässig sein, sofern er aus frei ausschüttbarem Vermögen der Gesellschaft finanziert werden kann (vgl. Abs. 4 zweiter Satz). Dass die Einlagen auf die Unternehmenswert-Anteile voll geleistet sein müssen, ergibt sich bereits aus § 9 Abs. 2 erster Satz.

Die höchstzulässige Bestandsgrenze für eigene Geschäftsanteile (Abs. 4 erster Satz) wird mit einem Drittel des Grundkapitals vorgeschlagen (vgl. dazu auch *Kalss in Kalss/Schauer*, GA 16. ÖJT S. 418). Außerdem soll die durch ihren Wortlaut Fragen aufwerfende Regelung des § 65 Abs. 2 zweiter Satz AktG anders formuliert werden (vgl. näher dazu *Karollus in Artmann/Karollus*, AktG I<sup>6</sup> § 65 Rz. 76/2).

#### **Zu §§ 16 bis 18:**

Der Regelungsvorschlag entspricht den aktienrechtlichen Parallelbestimmungen (§§ 65a bis 66 AktG). Für die FlexKapG nicht übernommen werden soll allerdings § 65b Abs. 1 zweiter Satz AktG, der einem Kreditinstitut im Rahmen des gewöhnlichen Betriebs eine Inpfandnahme eigener Aktien im Ausmaß von bis zu 10% des Grundkapitals erlaubt (vgl. näher dazu *Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 65b Rz 10).

Auch von einer Übernahme des § 66a AktG wird – wegen des ungeklärten Verhältnisses dieser Bestimmung zu § 82 GmbHG und der im GmbH-Recht fehlenden europarechtlichen Verpflichtung, eine solche Bestimmung vorzusehen – Abstand genommen. Den Wertungen, die der Ausnahme gemäß § 66a für Mitarbeiterbeteiligungen zu Grunde liegen, wird jedoch auch bei der Auslegung des § 82 GmbHG Rechnung zu tragen sein.

#### **Zu §§ 19 und 20:**

Das GmbHG kennt – anders als das AktG (vgl. §§ 159 bis 168 AktG) – die bedingte Kapitalerhöhung nicht. Auch im deutschen GmbHG gibt es keine parallele Regelung. Im AktG steht die bedingte Kapitalerhöhung zur Gewährung von Umtausch- und Bezugsrechten an Gläubigerinnen von Wandelschuldverschreibungen, zur Vorbereitung des Zusammenschlusses mehrerer Unternehmen sowie zur Einräumung von Aktienoptionen an Arbeitnehmerinnen, leitende Angestellte und Mitglieder des Vorstands und Aufsichtsrats der Gesellschaft oder eines mit ihr verbundenen Unternehmens zur Verfügung. Diese Möglichkeiten sollten der FlexKapG eröffnet werden, und zwar auch in Form eines genehmigten bedingten Kapitals zur Bedienung von Optionsprogrammen.

Vorgeschlagen werden daher Bestimmungen, die an die §§ 159 ff. AktG angelehnt sind:

- § 160 Abs. 1 AktG wird nicht übernommen, es gelten – entsprechend der Regelung zur ordentlichen Kapitalerhöhung – die Mehrheitserfordernisse des § 50 Abs. 1 GmbHG.
- Der Regelungsinhalt des § 160 Abs. 2 AktG findet sich in § 19 Abs. 3.
- Bezüglich der ersten Zweckbeschränkung soll die Zulässigkeit von Finanzierungsinstrumenten mit späteren Bezugs- oder Wandlungsrechten ausdrücklich gesetzlich verankert werden. Insofern wird ein eigener § 22 vorgeschlagen.

- Für bedingte Kapitalerhöhungen mit Sacheinlagen soll in § 19 Abs. 4 eine Regelung geschaffen werden, die inhaltlich gemeinsam mit § 63 Abs. 5 GmbHG dem § 161 AktG entspricht.
- Die für Aktiengesellschaften geltenden Begrenzungen des zulässigen Ausmaßes einer bedingten Kapitalerhöhung (insgesamt 50% des bisherigen Grundkapitals sowie 10% bzw. 20% für Mitarbeiterteilnahmen entsprechend § 159 Abs. 4 und 5 AktG) sollen bei der FlexKapG nicht vorgesehen werden.
- Zur Absicherung eingeräumter Bezugsrechte übernimmt § 19 Abs. 5 die Regelung von § 159 Abs. 6 AktG.
- Die §§ 162 f. AktG werden in einer angepassten Weise übernommen: Die Regelungen gemäß §§ 162 Abs. 2 bis 4 und 163 AktG haben in der Regelung der Kapitalerhöhung im GmbHG kein Gegenstück und sollen daher auch für die bedingte Kapitalerhöhung bei der FlexKapG nicht übernommen werden. Das GmbHG kennt anders als das AktG (§ 151) an sich auch keine gesonderte Anmeldung und Eintragung des Kapitalerhöhungsbeschlusses. Bei der genehmigten Kapitalerhöhung besteht jedoch ein Bedürfnis nach gesonderter Publizität des Beschlusses, weil auf seiner Grundlage unentziehbare Umtausch- oder Bezugsrechte eingeräumt werden. Die daher in Abs. 6 vorgesehene Firmenbuchanmeldung ist auch Ansatzpunkt für die Prüfung der Rechtmäßigkeit der Kapitalerhöhung und der Werthaltigkeit allenfalls vereinbarter Sacheinlagen.
- § 19 Abs. 7 entspricht der Sache nach § 164 AktG.
- Abs. 8 stellt entsprechend § 159 Abs. 7 AktG Bezugs- und Umtauschrechte gleich.

In § 20 werden die Regelungen für die Ausübung des Bezugsrechts, das Wirksamwerden der Kapitalerhöhung sowie die Eintragung im Firmenbuch vorgesehen. Die Ausübung des Bezugsrechts erfolgt entweder in Form eines Notariatsakts oder in der in § 12 geregelten Form (Errichtung einer Urkunde durch eine Notarin oder Rechtsanwältin). Um dem Bedürfnis der Praxis nach Erleichterungen bei einer sukzessiven Übernahme von Anteilen durch Arbeitnehmerinnen, leitende Angestellte und Mitglieder der Geschäftsführung und des Aufsichtsrats der Gesellschaft Rechnung zu tragen, kann in der ersten Übernahmeerklärung bereits die Übernahme weiterer Anteile erklärt werden, die sodann ohne Notariatsakt bzw. Urkunde iSd. § 12 übernommen werden können.

Für die Wirksamkeit stellt § 167 AktG auf die Ausgabe der Bezugsaktien ab (§ 166 AktG). Eine entsprechende Verbriefung ist im GmbHG nicht vorgesehen. Um dennoch ein von der Eintragung in das Firmenbuch unabhängiges Wirksamwerden der Kapitalerhöhung zu ermöglichen, bedarf es eines geeigneten Anknüpfungspunktes. Dieser kann im Abschluss des Übernahmevertrages gesehen werden, für den die volle Leistung des Gegenwerts der ausgegebenen Geschäftsanteile Voraussetzung ist. Für den Umtausch von Finanzierungsinstrumenten nach § 22 soll entsprechend § 166 Abs. 2 AktG die Deckung einer allfälligen Differenz zwischen dem Ausgabebetrag des Finanzierungsinstruments und jenem der Anteile neben der Zuzahlung durch die Berechtigten auch durch Bilanzgewinn oder eine freie Rücklage möglich sein.

Die Kapitalerhöhung ist entsprechend § 168 AktG nach Ablauf des Geschäftsjahres zur Eintragung in das Firmenbuch anzumelden. Beizuschließen sind die Übernahmeerklärungen sowie eine Erklärung der Geschäftsführerin hinsichtlich der beschlusskonformen Durchführung der Kapitalerhöhung und der vollen Leistung des Anteilsgegenwerts.

#### **Zu § 21:**

Eine Kapitalerhöhung in der GmbH ist auch nach der derzeitigen Rechtslage sehr flexibel möglich. Gleichwohl kann das genehmigte Kapital für Startups nützlich sein, etwa für den sukzessiven Beitritt von Investorinnen, Kapitalerhöhungen in Tranchen sowie Beteiligungsprogramme für Mitarbeiterinnen. Die vorgeschlagene Regelung orientiert sich dabei an der bewährten Regelung des Aktienrechts, sie sieht aber auch eigenständige und auf die FlexKapG abgestimmte Regelungen vor.

Abs. 1 und 2 entsprechen § 169 Abs. 1 und 2 AktG. Die Verpflichtung, auf die Möglichkeit des Ausschlusses des Bezugsrechts in der Ankündigung der Tagesordnung ausdrücklich hinzuweisen, entstammt § 170 Abs. 2 in Verbindung mit § 153 Abs. 4 AktG. Eine Regelung der Mehrheit ist nicht erforderlich, weil sich ein § 169 Abs. 2 AktG entsprechendes Mehrheitserfordernis ohnedies aus § 50 Abs. 1 GmbHG ergibt.

Abs. 3 entspricht § 172 Abs. 1 AktG. Für die FlexKapG nicht übernommen werden soll die Regelung des § 170 Abs. 3 erster Satz AktG, weil bei einer GmbH (im Unterschied zur AG, vgl. § 149 Abs. 4 AktG) auch die ordentliche Kapitalerhöhung nicht verboten ist, solange noch ausstehende Einlagen auf das bisherige Stammkapital geleistet werden können.

Abs. 4 trägt dem Umstand Rechnung, dass der Rechtsschutz vom Bezugsrecht ausgeschlossener Gesellschafterinnen mangels Beschlussfassung der Generalversammlung nicht mittels Anfechtungsklage verwirklichtbar ist, wenn sich die Geschäftsführung in ihrem Beschluss zur Ausnutzung des genehmigten Kapitals nicht an den Ermächtigungsbeschluss hält oder die Anteilsausgabe zu einem unangemessen niedrigen Ausgabebetrag erfolgt oder die Geschäftsanteile mit rechtswidrigem Inhalt ausgegeben werden. Diesfalls haben Aktionärinnen jedenfalls bei Überschreiten der Ermächtigung nach ständiger Rechtsprechung des deutschen Bundesgerichtshofs und herrschender Meinung in Österreich einen Unterlassungsanspruch gegen die Gesellschaft, nach erfolgter Eintragung der Durchführung der Kapitalerhöhung im Firmenbuch einen Feststellungsanspruch. Entsprechendes muss aber auch bei einem die Vermögensinteressen der übrigen Gesellschafterinnen beeinträchtigenden unangemessenen Ausgabebetrag und dann gelten, wenn der Inhalt der Geschäftsanteile rechtswidrig ist.

Voraussetzung für die klagsweise Erhebung solcher Ansprüche ist eine zeitgerechte und vollständige Information, weshalb die Verpflichtung dazu angeordnet wird. Ist ein Aufsichtsrat vorhanden, muss auch er der Ausübung der Ermächtigung und dem Bezugsrecht zustimmen. Für den Rechtsschutz gegen den Ermächtigungsbeschluss gelten die allgemeinen Regelungen; insbesondere muss ein Bezugsrechtsausschluss wie auch sonst sachlich gerechtfertigt sein. Sollte die Generalversammlung von ihrem Weisungsrecht hinsichtlich des Ausgabebetrag und des Inhalts der Geschäftsanteile Gebrauch machen, gilt für diesen Beschluss dasselbe Mehrheitserfordernis wie für den Ermächtigungsbeschluss. Solche Vorgaben können freilich auch schon im Ermächtigungsbeschluss selbst enthalten sein.

Abs. 5 stellt in Form eines Verweises auf die ordentliche Kapitalerhöhung die ordnungsgemäße Aufbringung des Stammkapitals und die Eintragung der Kapitalerhöhung im Firmenbuch sicher. Auch die Übernahmeerklärung bei genehmigtem Kapital kann in der in § 12 geregelten Form abgegeben werden.

#### **Zu § 22:**

Um den Gesellschafterinnen weiteren Spielraum bei der Kapitalbeschaffung zu geben, wird in § 19 die Zulässigkeit der Ausgaben von Finanzierungsinstrumenten mit späteren Bezugs- oder Wandlungsrechten ausdrücklich gesetzlich verankert. Gemeint sind damit einerseits die in § 174 AktG geregelten Wandel- und Gewinnschuldverschreibungen, Optionsanleihen und Genussrechte, andererseits aber auch darüber hinausgehende Finanzierungsinstrumente in verbriefter oder unverbriefter Form, mit denen eine Umwandlung in Anteile bzw. ein Bezugsrecht auf Anteile verbunden ist. Auf eine explizite Aufzählung von zulässigen Finanzierungsinstrumenten wird mit Blick auf die dynamische Entwicklung in der Praxis verzichtet.

Die Ausgabe derartiger Finanzierungsinstrumente soll aufgrund der potentiellen Beeinträchtigung von Gesellschafterinneninteressen (Verwässerungsschutz) der Beschlussfassung der Gesellschafterinnen mit einer Mehrheit von drei Vierteln unterliegen. Dabei handelt es sich wie im AktG nur um eine interne Zustimmungspflicht und keine Wirksamkeitsvoraussetzung. Den Gesellschafterinnen steht ein Bezugsrecht zu, das nur nach den Grundsätzen gemäß § 52 Abs. 3 GmbHG ausgeschlossen werden kann.

Gemäß Abs. 2 kann die Geschäftsführung – entsprechend § 174 Abs. 2 AktG – zur Ausgabe von Finanzierungsinstrumenten für die Dauer von fünf Jahren ermächtigt werden.

#### **Zu §§ 23 und 24:**

Die Einziehung von Geschäftsanteilen steht in engem Zusammenhang mit dem durch den Entwurf zugelassenen Erwerb eigener Geschäftsanteile. Auf die Einziehung rückerworbener Geschäftsanteile wird § 192 AktG schon nach der derzeit geltenden Rechtslage für analog anwendbar gehalten (*Kalss/Eckert*, GesRZ 2007, 223 f.; *Foglar-Deinhardstein* in FAH, § 81 Rz 54; *Bauer/Zehetner* in WK GmbHG § 81 Rz 14, 34 und 35; *Auer* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 81 Rz 43). Der Entwurf geht darüber hinaus und lässt bei der FlexKapG auch die Einziehung von Geschäftsanteilen ohne vorherigen Erwerb durch die Gesellschaft zu, wenn der Gesellschaftsvertrag dies vorsieht. Damit wird die rechtstechnische Grundlage für gesellschaftsvertragliche Austritts- und Ausschlussrechte geschaffen (zu deren Zulässigkeit OGH 6 Ob 657/95; 1 Ob 135/06v; aus der Lehre etwa *Schopper* in *Gruber/Harrer*, GmbHG<sup>2</sup> § 75 Rz 15 m.w.N.), die nach derzeitiger Praxis über Anteilsübertragungen auf Gesellschafterinnenebene abgebildet werden.

Die Zulässigkeit von gesellschaftsvertraglichen Ausschlussrechten wird sich an den von Lehre und Rechtsprechung zu § 140 UGB entwickelten Kriterien zu orientieren haben. Im Einzelnen hat der Vorschlag § 192 AktG zum Vorbild, der in Bezug auf die unterschiedlichen Regelungen des Kapitalherabsetzungsverfahrens im AktG und im GmbHG entsprechend anzupassen war.

#### **Zu § 25:**

Da die FlexKapG einerseits und die GmbH andererseits jeweils eigene Kapitalgesellschaftsformen sind, stellt der Wechsel zwischen diesen Rechtsformen eine Umwandlung dar. Allerdings sind die inhaltlichen Unterschiede zwischen FlexKapG und GmbH rechtlich so gestaltet, dass es weder besonderer Maßnahmen

zum Schutz der Gläubigerinnen (wie Umwandlungsbilanz, Sicherstellungsanspruch oder Gründungsprüfung), noch eines Barabfindungsanspruchs für mit der Umwandlung nicht einverständene Gesellschafterinnen bedarf. Wegen der sinngemäßen Anwendbarkeit des § 99 GmbHG können aber besondere Zustimmungserfordernisse bestehen.

**Zu § 26:**

Für die Umwandlung einer FlexKapG in eine AG oder einer AG in eine FlexKapG sollen dieselben Bestimmungen gelten wie für die Umwandlung einer GmbH in eine AG oder umgekehrt.

**Zu §§ 27 bis 29:**

Hier finden sich die üblichen Schlussbestimmungen.

Um dem Nationalrat eine Rückmeldung zu geben, wie sich die neue Formvorschrift des § 12 für Anteilsübertragungen und Übernahmeerklärungen bei der FlexKapG in der Praxis bewährt hat, hat die Bundesministerin für Justiz gemäß § 28 Abs. 2 im Jahr 2027 anhand der einschlägigen Judikatur und der sonstigen praktischen Erfahrungen im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Arbeit und Wirtschaft einen entsprechenden Bericht zu verfassen und dem Nationalrat vorzulegen. Falls sich aufgrund dieses Evaluierungsberichts gravierende Bedenken gegen § 12 ergeben sollten, etwa weil die notariellen oder anwaltlichen Urkunden für gesetzlich verbotene Zwecke wie Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung verwendet wurden, sollte die Bundesregierung in weiterer Folge zeitnah – zweckmäßiger Weise nach vorheriger Anhörung der Österreichischen Notariatskammer und des Österreichischen Rechtsanwaltskammertages – einen Gesetzesvorschlag für ein Außerkrafttreten dieser Bestimmung vorlegen.

## **Zu Artikel 2 (Änderung des GmbHG)**

**Zu Z 1 (§ 6):**

Entsprechend der Zielsetzung dieser Novelle soll das gesetzliche Mindeststammkapital der GmbH von 35 000 Euro auf 10 000 Euro abgesenkt werden.

**Zu Z 2 und 3 (§ 9a):**

Da eine Inanspruchnahme der Gründungsprivilegierung künftig nicht mehr möglich sein wird (vgl. näher dazu die Erläuterungen zur Aufhebung des § 10b), haben auch in § 9a alle Bezugnahmen auf dieses Rechtsinstitut zu entfallen.

**Zu Z 4 (§ 10):**

Analog zur Absenkung des Mindeststammkapitals von 35 000 Euro auf 10 000 Euro soll der mindestens einzuzahlende Betrag von 17 500 Euro auf 5 000 Euro reduziert werden.

**Zu Z 5 (§ 10b):**

Da sich das GmbH-Mindeststammkapital in Hinkunft auf 10 000 Euro beläuft, besteht kein Bedarf mehr für die gesetzliche Regelung über die Gründungsprivilegierung, nach der ein solches „Kapital“ (Summe der gründungsprivilegierten Stammeinlagen, vgl. § 10b Abs. 2 zweiter Satz) nur vorübergehend erlaubt ist. Nach Inkrafttreten dieser Novelle kommt die Errichtung einer neuen Gesellschaft mit Gründungsprivilegierung somit nicht mehr in Betracht.

Bereits bestehende Gesellschaften können ihre Gründungsprivilegierung hingegen weiterhin beibehalten (vgl. näher dazu § 127 Abs. 29). Aus diesem Grund kann die spezielle Vorschrift für die Bilanzierung des Eigenkapitals solcher Gesellschaften (vgl. § 229 Abs. 1 zweiter Satz UGB) vorerst nicht aufgehoben werden.

**Zu Z 6 (§ 54):**

Das geringere gesetzliche Mindeststammkapital gilt auch für künftige Kapitalherabsetzungen, wobei im Sonderfall einer Kapitalherabsetzung in einer gründungsprivilegierten Gesellschaft unter Umständen kein Gläubigeraufruf erforderlich ist (vgl. näher dazu § 127 Abs. 29: Herabsetzung des Stammkapitals auf die Summe der bisherigen gründungsprivilegierten Stammeinlagen).

**Zu Z 7 und 8 (§ 127):**

Aufhebung der Abs. 16 und 17:

Da das gesetzliche Mindeststammkapital in Hinkunft 10 000 Euro beträgt, sind die Übergangsvorschriften der Abs. 16 und 17, wonach Gesellschaften mit einem Stammkapital von weniger als 35 000 Euro bis 1. März 2024 eine – von der gerichtlichen Eintragungsgebühr befreite – Kapitalerhöhung auf zumindest diesen Betrag durchzuführen haben, aufzuheben.

Abs. 29 und 30:

Die Reduktion des gesetzlichen Mindeststammkapitals soll mit 1. Jänner 2024 in Kraft treten. Gleichzeitig wird § 10b außer Kraft treten, sodass die Errichtung neuer Gesellschaften mit Gründungsprivilegierung ab dann nicht mehr möglich ist.

Für die rund 32 000 bestehenden gründungsprivilegierten Gesellschaften findet sich in Abs. 30 eine Übergangsvorschrift: Auf sie bleibt der aufgehobene § 10b grundsätzlich weiter anwendbar. Das bedeutet insbesondere, dass eine Einzahlungspflicht der einzelnen Gesellschafter nur bis zur Höhe der jeweils übernommenen gründungsprivilegierten Stammeinlage besteht (vgl. § 10b Abs. 4) und dass der Umstand der Inanspruchnahme der Gründungsprivilegierung bei diesen Gesellschaften weiterhin im Firmenbuch eingetragen bleibt (vgl. § 5 Z 2a FBG). Abweichend von § 10b Abs. 5 zweiter Satz soll es jedoch nicht zu einer Beendigung der Gründungsprivilegierung durch Zeitablauf (zehn Jahre nach der Eintragung der Gesellschaft im Firmenbuch) kommen, damit die betreffenden Gesellschaften nicht gezwungen sind, nur zur Herabsetzung ihres Stammkapitals auf den neuen Mindestbetrag – der sich in den meisten Fällen mit der Summe der übernommenen gründungsprivilegierten Stammeinlagen deckt – ihren Gesellschaftsvertrag abzuändern.

Gläubiger von gründungsprivilegierten Gesellschaften werden dadurch nicht besonders gefährdet: Da von der Möglichkeit der Gründungsprivilegierung erstmals im März 2014 Gebrauch gemacht werden konnte, hätte es frühestens im März 2024 zu einer Beendigung der Gründungsprivilegierung durch Zeitablauf kommen können. Durch die nunmehrige Änderung der Rechtslage, die sich bereits mit der Versendung der Ministerialentwürfs für das GesRÄG 2023 im Mai 2023 abzeichnete, musste den Gläubigern einer gründungsprivilegierten Gesellschaft freilich schon seit geraumer Zeit bewusst sein, dass sie auch zehn Jahre nach dem Entstehen der Gesellschaft nicht mit weiteren Einzahlungen auf die Stammeinlagen oder einer Ausweitung der persönlichen Haftung der Gesellschafter rechnen können. Den Gläubigern stand bzw. steht also ausreichend Zeit zur Verfügung, um sich auf die neue Situation einzustellen.

Um die betreffenden Gesellschaften dennoch mittelfristig dazu zu verhalten, ihre Gründungsprivilegierung zu beenden, soll ab 1. Jänner 2025 eine Eintragungssperre für geänderte Gesellschaftsverträge im Firmenbuch gelten, die keine Beendigung der Gründungsprivilegierung umfassen (vgl. Abs. 30 zweiter Satz).

Bei dieser Abänderung des Gesellschaftsvertrags wird es häufig zu einer Veränderung bei den von den einzelnen Gesellschaftern übernommenen Stammeinlagen und damit auch zu einer Änderung des Stammkapitals der Gesellschaft kommen, wobei innerhalb der gesetzlichen Schranken (vgl. insbesondere die §§ 6 und 10 GmbHG) unterschiedlichste Gestaltungsvarianten denkbar sind. Die einfachste Möglichkeit besteht freilich darin, die neuen Stammeinlagen mit dem Betrag der bisherigen gründungsprivilegierten Stammeinlagen festzulegen.

Handelt es sich also beispielsweise um eine gründungsprivilegierte Einpersonen-GmbH mit einem (vom einzigen Gesellschafter zur Gänze übernommenen) Stammkapital von 35 000 Euro und einer gründungsprivilegierten Stammeinlage von 10 000 Euro, auf die 5 000 Euro geleistet wurden, so könnte die Stammeinlage nach der Änderung des Gesellschaftsvertrags 10 000 Euro – darauf geleistet 5 000 Euro – betragen. Das hätte zur Folge, dass sich auch das Stammkapital der Gesellschaft nur mehr auf 10 000 Euro beläuft.

Obwohl es bei einer solchen Gesellschaftsvertragsänderung also zu einer Kapitalherabsetzung von 35 000 Euro auf 10 000 Euro kommt, ist damit wie erwähnt keine besondere Gläubigergefährdung verbunden. Daher sieht Abs. 30 dritter Satz vor, dass der sonst erforderliche Gläubigeraufruf (vgl. § 56) unterbleiben kann, wenn die Beträge der von den einzelnen Gesellschaftern übernommenen Stammeinlagen zumindest gleich hoch sind wie ihre bisherigen gründungsprivilegierten Stammeinlagen.

Will hingegen eine bislang gründungsprivilegierte Gesellschaft ihr höheres Stammkapital beibehalten, so müssen im Rahmen der Änderung des Gesellschaftsvertrags nur die Bestimmungen über die Gründungsprivilegierung entfallen. Im obigen Beispiel müsste der einzige Gesellschafter jedoch zusätzlich 3 750 Euro einzahlen, damit auf das von ihm zur Gänze übernommene Stammkapital von 35 000 Euro eine Leistung von einem Viertel, also von insgesamt 8 750 Euro zum Firmenbuch angemeldet werden kann (vgl. § 10 Abs. 1 erster Satz GmbHG).

### **Zu Artikel 3 (Änderung des FBG):**

#### **Zu Z 1 (§ 2 Z 5a):**

Die FlexKapG soll in der Aufzählung der einzutragenden Rechtsträger in § 2 FBG ausdrücklich erwähnt werden, wenngleich sich die Anwendbarkeit der für die GmbH geltenden Regelungen an sich bereits aus § 1 Abs. 2 FlexKapGG ergibt.

#### **Zu Z 2 und 5 (§ 5 Einleitungssatz und Z 7):**

Die ausdrückliche Erwähnung der FlexKapG soll sich auch in der Bestimmung über besondere Eintragungen bei Kapitalgesellschaften (§ 5 FBG) niederschlagen. Dabei soll die FlexKapG im Einleitungssatz jedoch hinter der GmbH in einem Klammersausdruck angeführt werden, um zum Ausdruck zu bringen, dass alle für die GmbH vorgesehenen Eintragungen auch für die FlexKapG gelten. Die neue Z 7 betrifft demgegenüber nur die FlexKapG, weil die dort genannten Angaben zu Unternehmenswert-Anteilen (vgl. näher dazu § 9 Abs. 6 FlexKapGG) nur bei dieser Rechtsform in Betracht kommen.

#### **Zu Z 3 (§ 5 Z 2a) und Z 4 (§ 5 Z 6):**

Da die Neueintragung einer gründungsprivilegierten GmbH im Firmenbuch ab 1. Jänner 2024 nicht mehr möglich ist, haben sowohl der spezifische Eintragungstatbestand des § 5 Z 2a als auch die Bezugnahme auf die Gründungsprivilegierung in § 5 Z 6 zu entfallen. Bei bereits bestehenden Gesellschaften sind diese Eintragungen hingegen beizubehalten, bis die Gründungsprivilegierung beendet wird (vgl. näher dazu § 127 Abs. 30 GmbHG).

### **Zu Artikel 4 (Änderung des RpfLG):**

Um Zweifelsfragen über die funktionelle Zuständigkeit der Entscheidungsorgane in Firmenbuchsachen (Richter und Rechtspfleger) zu vermeiden, soll auch im RpfLG ausdrücklich klargestellt werden, dass für die FlexKapG dieselben Abgrenzungskriterien gelten wie für die GmbH. Außerdem sind die Umwandlungen nach den §§ 25 und 26 FlexKapGG in den Katalog der dem Richter vorbehaltenen Angelegenheiten aufzunehmen.

### **Zu Artikel 5 (Änderung des NTG)**

Als Folge der Unzulässigkeit der Eintragung neuer gründungsprivilegierter GmbHs ab dem 1. Jänner 2024 kann die Gründungsprivilegierung in künftigen Errichtungserklärungen keine Rolle mehr spielen.

### **Zu Artikel 6 (Änderung des RATG)**

Die Mindestbemessungsgrundlage für Leistungen eines Rechtsanwalts in Sachen des Firmenbuchs betreffend eine GmbH ist an das künftige gesetzliche Mindeststammkapital von 10 000 Euro anzugleichen.

### **Zu Artikel 7 (Änderung des WiReG)**

#### **Zu Z 1 (§ 1 Abs. 2 Z 4a):**

Mit dem Flexible-Kapitalgesellschafts-Gesetz wird eine neue Rechtsform im österreichischen Gesellschaftsrecht geschaffen. Gemäß Art. 30 Abs. 3 der Richtlinie (EU) 2015/849 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung, zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 und zur Aufhebung der Richtlinie 2005/60/EG und der Richtlinie 2006/70/EG, ABl. Nr. L 141 vom 05.06.2015 S. 73, in der Fassung der Richtlinie (EU) 2018/843 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2015/849 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung und zur Änderung der Richtlinien 2009/138/EG und 2013/36/EU, ABl. Nr. L 156 vom 19.06.2018 S. 43, sind die Angaben der wirtschaftlichen Eigentümer der im Gebiet des jeweiligen Mitgliedstaates eingetragenen Gesellschaften oder sonstigen juristischen Personen in einem zentralen Register zu erfassen, weswegen die Flexible Kapitalgesellschaft in den Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes aufzunehmen ist.

#### **Zu Z 2 (§ 5 Abs. 5):**

Bei dieser Änderung handelt es sich um eine Verweisanpassung, die durch die Aufnahme einer neuen Rechtsform in den Anwendungsbereich notwendig wird.

#### **Zu Z 3 (§ 5a Abs. 1 Z 1):**

Bei dieser Änderung handelt es sich um eine Verweisanpassung, die durch die Aufnahme einer neuen Rechtsform in den Anwendungsbereich notwendig wird.

**Zu Z 4 (§ 5a Abs. 1 Z 2):**

Mit dieser Änderung sollen die für Flexible Kapitalgesellschaften verpflichtend vorgesehenen Dokumente festgelegt werden.

**Zu Z 5 (§ 6 Abs. 2a):**

Durch diese Bestimmung soll eine Reduktion der Verwaltungslasten durch Meldeverpflichtungen erreicht werden, indem bereits vorhandene Daten über wirtschaftliche Eigentümer von Flexiblen Kapitalgesellschaften genutzt werden. Bei Anwendbarkeit der Befreiung werden die entsprechenden Daten von der Bundesanstalt Statistik Österreich aus dem Firmenbuch übernommen. Mit Abs. 2a sollen alle Flexiblen Kapitalgesellschaften von der Meldung befreit werden, wenn alle im Firmenbuch eingetragenen Gesellschafter natürliche Personen sind und somit die wirtschaftlichen Eigentümer bereits aus dem Firmenbuch ersichtlich sind. Daraus folgt, dass eine Befreiung von der Meldepflicht nicht möglich ist, wenn einer dieser Gesellschafter eine juristische Person ist.

Bei der Berechnung des Anteils der im Firmenbuch eingetragenen Gesellschafter soll berücksichtigt werden, dass diese immer über 100% der Stimmrechte verfügen, da den – nicht individuell im Firmenbuch einzutragenden – Unternehmenswert-Beteiligten keine Stimmrechte zukommen. Bei der Meldebefreiung soll daher eine Verteilung der Stimmrechte gemäß § 39 Abs. 2 erster Satz GmbHG angenommen werden, somit eine gleiche Verteilung der Stimmrechte auf alle (stimmberechtigten) Gesellschafter. Hat eine Flexible Kapitalgesellschaft beispielsweise Unternehmenswert-Beteiligte im Ausmaß von 24,99%, zwei Gesellschafter mit jeweils 25% und einen Gesellschafter mit 25,01% des Stammkapitals, so ist zu berücksichtigen, dass 100% der Stimmrechte den Gesellschaftern zustehen. Diesfalls sind die ersten beiden Gesellschafter wirtschaftliche Eigentümer mit jeweils 33,33% der Stimmrechte und der letzte Gesellschafter wirtschaftlicher Eigentümer mit 33,34% der Stimmrechte.

Da bei der Flexiblen Kapitalgesellschaft lediglich Anteile von unter 25% des Stammkapitals an Unternehmenswert-Anteilen ausgegeben werden dürfen, werden sich aufgrund der Anteilshöhe zunächst einmal keine wirtschaftlichen Eigentümer gemäß § 2 Z 1 lit. a aus diesen Anteilen ergeben. Daher steht ein von einer juristischen Person gehaltener Unternehmenswert-Anteil der Anwendbarkeit der Meldebefreiung nicht entgegen. Es können jedoch beispielsweise durch das Erfordernis einer Zusammenrechnung mehrerer Unternehmenswert-Anteile mit im Firmenbuch eingetragenen Anteilen an der Flexiblen Kapitalgesellschaft oder durch Kontrollverhältnisse abweichende wirtschaftliche Eigentümer bestehen. In diesen Fällen muss auf die Meldebefreiung verzichtet werden und müssen die wirtschaftlichen Eigentümer gemeldet werden.

**Zu Z 6 (§ 19 Abs. 9):**

Enthält die Inkrafttretensbestimmung. Da die Umsetzung im Register der wirtschaftlichen Eigentümer auf jener im Firmenbuch aufbaut, kann die Aufnahme der Flexiblen Kapitalgesellschaften in das Register erst zu einem späteren Zeitpunkt erfolgen.

**Zu Z 7 (§ 20 Abs. 1 Z 29 und 30):**

Anpassung der Verweisungsbestimmung.

**Zu Artikel 8 (Änderung des GGG)****Zu Z 1 und Z 2 (TP 10 Z I lit. c Z 4 und Z 5 GGG):**

Die Eintragung einer Umwandlung einer FlexKapG in eine GmbH und einer GmbH in eine FlexKapG (§ 25 FlexKapGG) soll die Eintragungsgebühr nach TP 10 Z I lit. c Z 4 auslösen. Die Eintragung einer Umwandlung einer FlexKapG in eine AG und einer AG in eine FlexKapG (§ 26 FlexKapGG) soll unter den Gebührentatbestand der TP 10 Z I lit. c Z 5 fallen.