

Die FlexCo – das jüngste Kind im Kreis der Gesellschaftsformen: Anwendungsbereiche und Gestaltungsmöglichkeiten



Univ.-Prof. Dr. Dr. h.c. Susanne Kalss, LL.M. (Florenz)

18. April 2024

Zivilrechtstag – Wirtschaftsuniversität Wien



Was erwartet Sie in den nächsten Minuten? – das geplante Programm

- **Neue Rechtsform?**
- **Mindestkapital 10.000 Euro**
- **Anteile 1 Euro und teilbar**
- **Übertragung** der Anteile – deutlich vereinfacht!
- **Rückerwerb eigener Anteile!**
- **Flexible Gesellschafterversammlung**
- **Neue Finanzierungsinstrumente**
- **Kapitalerhöhung flexibler!**
- **Unternehmenswertanteile**

- **Umwandlung** – alt wird neu und neu wird alt

Neue Rechtsform ? So die Verlage, Wissenschaft und Praktiker und Praktikerinnen ...

- **Nach drei Monaten: 7 Bücher, 2 Sonderhefte ...**
- **2 gelbe Bücher: 1 gelber Kommentar und 1 gelbes Handbuch**
- **2 rote Bücher: 1 roter Kommentar und 1 rotes Handbuch**
- **1 hellblaues Buch: Kommentar (!?)**
- **1 dunkelblaues Buch: Kommentar**
- **1 schwarzes Buch: Kommentar**
- **1 türkises Sonderheft + 1 rotes Sonderheft ... nicht alles ...**

Neue Rechtsform ... ?

- **Juristentag 2006 in Graz – GmbH-Light (GA Kalss/Schauer) – viele Vorschläge vor 20 Jahren!**
- **GA für Wirtschaftsministerin – Bundesministerin für Justiz ? – nochmaliger Startschuss im Jahr 2021 – schon davor Beratungen unter Ministerien**
- **Virtuelle Verhandlungen – Zuschaltung von 50 Leuten technisch ganz einfach – unterschiedlicher Wissenstand – mühsamer Fortgang!**
- **Wissenschaft hatte deutlich mehr Vorschläge als umgesetzt!**
- **Sonderform der GmbH – Kompromiss – kein NA!**

- **Praxis eher zögerlich – war das Geschrei lauter?**
- **Hat Praxis Alternativen gefunden – GmbH und Beteiligungsvertrag – Shareholder Agreement**
- **Ende Februar 57 FlexCos – viele Vorrats- und Erprobungsgesellschaften**
- **15. April: 170 FlexCos**
- **1 Regelung über eigene Anteile**
- **6 Regelungen über UWA**

Der Beginn einer weitergehenden Reform ...

- Historische Vergleiche ermutigen eher als dass sie Resignation fördern:
- **1904: GmbH** – Reaktion auf die verkrustete und in staatlicher Konzession und Aufsicht eingeeengte AG (schlichte Eintragung in das Handelsregister – permanente Aufsicht – nur punktuell)
- **1991: OHG/KG – OEG und KEG**
- **2005 : Einebnung und Erweiterung der Reform (kein Vollhandelsgewerbe) auf alle eingetragenen Personengesellschaften**
- **2024 FlexCo – ? – bitte schneller für GmbH!/AG!**

Mindestkapital und Gestaltung der Anteile

- **10.000 Euro (ebenso GmbH - einzige Änderung des GmbHG!)**

Stückanteile – unterschiedliche Anteilsklassen möglich – Mindestanteil 1 Euro

- **Aufbringung des Kapitals – wie GmbH:**
- **5.000 Euro mindestens**
- **Jede Gesellschafterin oder jeder Gesellschafter mindestens 1 Viertel der Einlage**
- **1 Euro mindestens – für jeden GA**
- **Überweisung auf Konto (nicht Handkasse)**
- **Bestätigung der Bank**

Übertragung der Anteile § 12 – Deal breaker? – al least brakeman - Bremser

- **Notare** opponierten – weniger Sicherheit – Identitätsfeststellung, Belehrung, Reduzierung der Fehleranfälligkeit:
- **Vorschaltung** von RA/Notare von **FB gewünscht!**

- **Notariatsakt** (wie GmbH) – analog oder virtuell § 90a NO
- **notarielle** Urkunde nur Übertragung
- **Anwaltliche** Urkunde (nur Übertragung, nicht GV)
- **Speicherungspflicht** – zwei getrennte Archive! (No/RA)

- **Rechtsgeschäftliche** Übertragung : Gesellschafterin Anna an Gesellschafter Paul
- **Originäre Übernahme bei Kapitalerhöhung (nur Übernahmeerklärung)**
- **Belehrungspflicht:**
 - (1) Identitätsprüfung
 - (2) Prüfungspflicht der Zulässigkeit der Anteilsübertragung oder Übernahmeerklärung
 - (3) Belehrung über
 - - Rechtsfolgen der Erklärung der Gesellschafterin oder des Gesellschafters
 - - Wirksamkeitsvoraussetzung der Erklärung
- **Berufspflichten** der Notare/Notarinnen und RA/RAinnen (§ 5a NO, § 10 RAO)

Eigene Anteile – deutliche Liberalisierung – Zugewinn an Gestaltungsspielraum

- **Unternehmensübergang**
- Verabschiedung und **Auskauf einzelner** (lästiger...) Gesellschafter oder Gesellschafterinnen durch alle anderen
- **Einziehung** von Anteilen – auf Rechnung aller anderen!
- Wahrung der **Beteiligungsverhältnisse** einfacher!
- Beteiligung von **Managern und Managerinnen**
- Wahrung für **Unternehmensakquisitionen**

Welche Zwecke gestattet das Gesetz? § 15 Abs 1

- **Exekution von Forderungen**
- **Gesamtrechtsnachfolge**
- **Entschädigung von Minderheitsgesellschaftern**
- **Einziehung**
- **UWA – Unternehmenswertanteile**
- **Zweckfreier Erwerb**

§ 15 FlexKapGG – Mixtur aus § 81 GmbHG und § 65 AktG

- **Originärer Erwerb** eigener Anteile (Zeichnung) nicht zulässig, hier greift Zeichnungsverbot im AktG/GmbHG – OGH 6 Ob 178/22b
- Grundsätzliches **Verbot** für abgeleiteten Erwerb, keine generelle Zulässigkeit, mehr **Ausnahmeregelungen** als im Aktienrecht
- Deutliche Liberalisierung im Vergleich zur GmbH (generelles Verbot mit 3 Ausnahmetatbeständen)
- **Differenzierende Regelungen**, je nach Ausnahmetatbestand
- Kein Finanzierungsverbot (wie § 66a AktG)

Wer wird erfasst – § 15, § 19

- **Gesellschaft**
- **Tochtergesellschaft** – andere Unternehmen, an denen Anteil gehalten wird, nicht (OGH 6 Ob 178/22b)
- **Treuhänder** der Gesellschaft oder Tochtergesellschaft
- **Zusammenrechnung der Anteile**
- **§ 15 Abs 6 Satz 2: Ruhen des Stimmrechts und des Bezugsrechts für TochterG und Treuhänder (Dividende steht zu)**

Zweckfreier Erwerb – § 15 Abs 1 Z 5, Z 6 – Formale Voraussetzungen

- Erwerb aufgrund Beschluss GV
- sofortiger Erwerb
- Beschluss GV **30 Monate Ermächtigung** (= 2,5 Jahre)
- GV Ermächtigung Erwerb **plus Einziehung**
- Unternehmens-UWA – kein Beschluss GV – Geschäftsführungsangelegenheit
- Weisung ebenso zulässig wie Vorlage durch Geschäftsführer an Gesellschafter

Allgemeine Voraussetzungen für zweckfreien Erwerb von Geschäftsanteilen

- Beschluss der Generalversammlung – 3/4 der abgegebenen Stimmen, kann anders festgelegt werden
- Im Beschluss sind anzuführen:
 - Anteil der Geschäftsanteile am Stammkapital
 - und Personen, von denen gekauft werden soll,
 - Rückerwerbspreis/Berechnung
 - Geltungsdauer bei Ermächtigung – Informationspflicht an Gesellschafter (§ 15 Abs 2 Satz 3)
- Formvorschrift für Erwerb gleich wie § 12

- Bis zu einem **Drittel des Stammkapitals**
- Erwerb nur mit **frei ausschüttbaren Mittel**
- **Voll eingezahlte** Geschäftsanteile
- Wahrung des Gleichbehandlungsgrundsatzes, wie zu vollziehen?
- Gläubigerschutz
- Gesellschafterschutz durch Mitwirken und Ruhen der Rechte
- Gleichbehandlungsgebot, kein Andienungsrecht, kein Bezugsrecht

- Mitwirkung bei Beschlussfassung
- Ruhen der Rechte gemäß § 15 Abs 6 (Spaltung – steht wohl zu)
- Gleichbehandlung
 - Nicht ausdrücklich angeordnet
 - Kein ausdrückliches Andienungsrecht
- Rechtsfolgen bei Verstoß: Differenzierung für Sachenrecht und Schuldrecht

Veräußerung der Geschäftsanteile – § 15 Abs 3, § 16

- Beschluss der Generalversammlung – 3/4-Mehrheit oder sonstige Mehrheit oder Ermächtigung der Generalversammlung
- Beschlussinhalt:
 - Käufer,
 - Veräußerungspreis,
 - allfällige Dauer der Ermächtigung

Kein ausdrückliches Bezugs- oder Vorerwerbsrecht

- Veräußerungspflicht binnen 1 Jahres bei rechtswidrigem Erwerb
- Bei rechtskonformem Erwerb (3 Jahre, die Hälfte des Stammkapitals übersteigend)
- Einziehung - § 16 Abs 3

- **Geschäftsanteile zweiter Klasse**
- Kein Stimmrecht – Geschäftsanteil hat mindestens ein Stimmrecht
- Eng begrenztes Informationsrecht – Gesellschafterin hat umfassendes Informationsrecht nach Judikatur
- Kein Anfechtungsrecht

- Welche Rechte bei Übertragung:

- Empfehlung: Eher nicht einführen; § 67a EStG greift auch ohne UWA

- **Governance im Grundsatz gleich wie bei GmbH**
- **Gesellschafterversammlung (Generalversammlung) ist oberstes Organ**
- **Bestellung**
- **Abberufung**
- **Zustimmungsrecht**
- **Arrogierungsrecht (An sich ziehen)**
- **Weisungsrecht**
- **Gesellschafterversammlung ist flexibler:**
- **Umlaufbeschluss – ohne Zustimmung aller Gesellschafterinnen § 7**
- **Uneinheitliche Stimmabgabe ist zulässig § 8**
- Aufsichtsrat?

Aufsichtsrat § 6 – wohl überschätzt!

- Nach Beraterjargon „**Bremse für Attraktivität**“ der FlexCo
- Pflicht zur Einrichtung:
- Voraussetzungen von § 29 GmbHG (70.000/50; 300 AN etc)
- **Mittelgroße Gesellschaft** – § 221 Abs 2 und 4 UGB
- 2 von 3:
 - Bilanzsumme – JA der Gesellschaft: **5 Mio**
 - Umsatzerlöse – 12 Monate vor Stichtag: (Verkauf von P oder LL – Steuer und Abzüge; nicht Beteiligungserträge und Zinserträge: **10 Mio**)
 - Arbeitnehmerzahl – 50 Durchschnitt/Monatsletzen
- Keine Vereinfachung im Konzern – uU zu ergänzen! Arbeitnehmer sollen Vertretung haben (gerade auch wenn UWAs)

Ergänzende Finanzierungsmöglichkeiten §22 – schon bisher möglich!

- Parallele zu § 174 AktG – bisher **analoge Anwendung**
- In GmbH – Zulässigkeit durch analoge Anwendung von § 174 AktG
- Hier ausdrückliche Regelung für FlexCo - **Klarstellung**
- **Gewinnschuldverschreibung**
- **Genussrecht**
- **Wandeldarlehen ... etc**
- **Kein Gegenschluss für GmbH – dort auch zulässig!!!!**

Flexiblere Kapitalerhöhung ? **Wie groß ist der Gewinn?**

- **Bedingte Kapitalerhöhung § 19 f – Mitarbeiter, Wandelschuldverschreibung, Verschmelzung ...**
- **Genehmigtes Kapital § 21**
- **Parallele zu aktienrechtlichen Regelungen**
- **Bisher – Weisungsbeschluss durch die Gesellschafter und Vorgaben möglich –**
- **Grenzen entlang des Aktienrechts bei der GmbH?**
- **Nunmehr Bestätigung der Grenze ?**

- **Regelung grundsätzlich sehr zu begrüßen**
- **Sinnvolle Weiterentwicklung des Kapitalgesellschaftsrechts im Bereich außerhalb der Börse**
- **Warum aber ein drittes Regime für Kapitalgesellschaften erforderlich ist, nicht nachvollziehbar**
- **Parallelschaltung zu GmbH und zur nicht börsennotierte AG unbedingt erforderlich**
- **Erwerb eigener Anteile; Flexibilisierung der Generalversammlung und einfache Übertragung der Anteile sind am wichtigsten!**
- **Sie bieten neue Gestaltungsmöglichkeiten**



VIENNA UNIVERSITY OF
ECONOMICS AND BUSINESS

**Institut für Unternehmensrecht
Abteilung für Unternehmensrecht I**

Gebäude D3, 3. Stock
Welthandelsplatz 1, 1020 Vienna

**UNIV.PROF. DR. DR. h.c. SUSANNE KALSS,
LL.M (Florenz)**

T +43-1-313 36-4647
susanne.kalss@wu.ac.at
www.wu.ac.at