Happy Birthday, FlexCo!

Eine Bestandsaufnahme anlässlich des ersten Geburtstags

BEITRAG. Etwas mehr als ein Jahr nach der Geburtsstunde der FlexCo zeichnen sich erste Trends ab, wie die neue Rechtsform in der Praxis zum Einsatz kommt. Die bisherigen Gründungszahlen lassen durchaus erwarten, dass die FlexCo noch weiter an Bedeutung gewinnen wird. ecolex 2025/111

Dr. **Nikolaus Feldscher**, MJur, ist Rechtsanwalt bei Frotz Riedl Rechtsanwälte und Co-Autor des Handbuchs Gesellschafterstreit. Mag. **Heinrich Foglar-Deinhardstein**, LL.M., ist Partner von CERHA HEMPEL sowie Co-Herausgeber von Praxiskommentaren zum GmbH- und Aktienrecht.

A. Einleitung

Am 1. 1. 2025 feierte die Flexible Kapitalgesellschaft *(„FlexCo“* oder *„FlexKapG“)* ihren ersten Geburtstag.

Groß war die Aufregung vor Inkrafttreten des FlexKapGG gewesen, als sich die Pläne zur Schaffung der FlexCo manifestiert und sich (zumindest für österr Verhältnisse) beinahe revolutionäre Neuerungen wie etwa die Abschaffung der Notariatsaktspflicht bei der Anteilsübertragung abgezeichnet hatten.[1]

Von den 62 Stellungnahmen im vorparlamentarischen Begutachtungsverfahren[2, 3] wurden die Ideen und Ziele der FlexCo jedoch überwiegend (und zT sogar sehr) begrüßt, wenngleich die Neuerungen auch oftmals als nicht weitreichend genug angesehen wurden[4] und/oder deren Implementierung auch für die GmbH gefordert[5] wurde. ZT gab es aber auch starke inhaltliche Kritik, dies primär von Angehörigen des Notarstands, von Gerichten, aus dem öffentlichen Dienst oder von Arbeitnehmervertretern.[6]

Anlässlich ihres ersten Geburtstags soll nun empirisch untersucht werden, wie die FlexCo in der Praxis bisher angenommen worden ist.

B. Ausgangslage

Nach rund einem Jahr sind 782 FlexCos im FB eingetragen.[7] Somit wurden in Österreich seit ihrem jeweiligen Bestehen insgesamt bereits deutlich mehr FlexCos gegründet (bzw umgewandelt) als Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigungen (EWIV),[8] Europäische Gesellschaften (SE)[9] und Europäische Genossenschaften (SCE)[10] zusammen. Auch hat die Zahl der aktuell im FB eingetragenen AG keinen deutlichen Vorsprung mehr auf die Zahl der registrierten FlexCos. Diese Registrierungszahlen können somit als erster Erfolg der FlexCo verbucht werden. Die im Gesetzgebungsverfahren definierte Erwartung von mittelfristig 1.500 FlexCo-Gründungen pro Jahr[11] erscheint jedenfalls greifbar.

Die derzeit bestehenden FlexCos sind fast ausschließlich Gesellschaften, die als FlexCo gegründet wurden.

Die derzeit bestehenden FlexCos sind fast ausschließlich Gesellschaften, die als FlexCo gegründet wurden; bereits existierende Gesellschaften wurden entgegen mancher Erwartung in der Lehre[12] und geäußerter Befürchtungen von *stakeholders*[13] bis dato nur höchst selten[14] in FlexCos umgewandelt.[15] Es kann aber wohl davon ausgegangen werden, dass mit steigenden Erfahrungswerten zur FlexCo künftig auch der Anteil der Umwandlungen zunehmen wird.[16]

---

1) § 12 FlexKapGG.
2) Begutachtungsverfahren zum ME betreffend GesRÄG 2023 (276/ME).
3) Zum Begutachtungsverfahren s auch *S. Bydlinski*, ÖJZ 2023/151.
4) *W. Doralt*, 57/SN-276/ME; *SENAT DER WIRTSCHAFT Österreich*, 28/SN-276/ME; *Speedinvest GmbH*, 50/SN-276/ME; *AustrianStartups*, 35/SN-276/ME; *Industriellenvereinigung, Rechtspolitik*, 46/SN-276/ME; *SENA – Social Entrepreneurship Network Austria*, 48/SN-276/ME; *U. Torggler*, 58/SN-276/ME; *Hauser*, 59/SN-276/ME.
5) *Österreichischer Rechtsanwaltskammertag*, 38/SN-276/ME); *U. Torggler*, 58/SN-276/ME; *Yousif*, 60/SN-276/ME; *Hule*, 61/SN-276/ME; *Rastegar*, 62/SN-276/ME; *Eckert*, 63/SN-276/ME.
6) *Gaisberger*, 3/SN-276/ME; *Rüffler*, 9/SN-276/ME; *Vereinigung der österreichischen Richter*innen*, 14/SN-276/ME; *Oberlandesgericht Wien; Jv Kanzlei*, 17/SN-276/ME; *Bundesarbeitskammer; Wirtschaftspolitik*, 23/SN-276/ME; *Österreichischer Gewerkschaftsbund; Volkswirtschaft*, 51/SN-276/ME; *Harrer*, 49/SN-276/ME; *Österreichischer Haus- und Grundbesitzerbund*, 31/SN-276/ME; *GÖD Bundesvertretung Richterinnen und Richter, Staatsanwältinnen und Staatsanwälte – BV 23*, 32/SN-276/ME; *Simon*, 33/SN-276/ME; *Handelsgericht Wien*, 34/SN-276/ME; *LK Österreich, Rechts- und Umweltpolitik*, 39/SN-276/ME; *Österreichische Notariatskammer; Juristischer Dienst*, 44/SN-276/ME; *Rat der Notariate der Europäischen Union* (CNUE), 47/SN-276/ME.
7) Abfrage v 11. 1. 2025.
8) Im österr FB waren bis dato (Stand 2. 2. 2025) (inkl gelöschter Gesellschaften) seit dem Inkrafttreten des EWIV-Ausführungsgesetzes am 1. 10. 1995 (vgl Art V EWIVG) insgesamt 64 EWIVs eingetragen.
9) Im österr FB waren bis dato (Stand 2. 2. 2025) (inkl gelöschter Gesellschaften) seit dem Inkrafttreten des SE-Gesetzes am 8. 10. 2004 (vgl § 67 SEG) insgesamt 71 SEs eingetragen.
10) Im österr FB waren bis dato (Stand 2. 2. 2025) (inkl gelöschter Gesellschaften) seit dem Inkrafttreten des SCE-Gesetzes am 18. 8. 2006 (vgl § 32 SCEG) insgesamt 6 SCEs eingetragen.
11) Vorblatt und WFA der RV 2320 der Beilagen 27. GP, 4.
12) Vgl zB *Kalss*, GesRZ 2023, 337; *Kalss*, GesRZ 2023, 345.
13) Siehe zB *Österreichischer Gewerkschaftsbund; Volkswirtschaft*, 51/SN-276/ME.
14) Zum Stand 17. 10. 2024 waren dies lediglich rund 4% aller FlexCos.
15) Eine Umwandlung in eine FlexCo steht gem §§ 25f FlexKapGG sowohl GmbH als auch AG offen.
16) *Fleischer/Pendl* in *Fleischer*, Rechtsformneuschöpfungen im in- und ausländischen Gesellschaftsrecht, 699 (725).

Von den bisher etablierten FlexCos wurde bis jetzt noch keine gelöscht,[17] die erste Löschung ist aber freilich wohl nur eine Frage der Zeit. Es wurde bereits eine FlexCo aufgelöst, die sich folglich in Abwicklung befindet,[18] und über eine andere FlexCo wurde ein Insolvenzverfahren eröffnet.[19] Diese zu erwartenden künftigen Abgänge aus dem Kreis der bestehenden FlexCos stehen jedoch in keiner nennenswerten Relation zu den laufenden Neugründungen, weshalb die Gesamtzahl der FlexCos weiter zunehmen wird.

C. FlexCo – eine Startup-Gesellschaft?

Die ursprüngliche Absicht des Gesetzgebers war es, mit der FlexCo *„besonders für innovative Startups und Gründerinnen in der Frühphase eine international wettbewerbsfähige Option"* zu bieten.[20] Berücksichtigt man, dass in Österreich in den letzten Jahren jeweils jährlich (nur) zw 188 und 363 Unternehmen gegründet wurden,[21] die der (zugegebenermaßen engen) Definition des *Austrian Startup Monitor* eines Startups entsprechen,[22] scheint die FlexCo aufgrund deutlich höherer Gründungszahlen rein abstrakt gesehen schon jetzt ein Erfolgsmodell zu sein.

Statistisch gibt es in Hinblick auf die Bundesländer-Verteilung eine auffallende Parallele zw Startup-Gründungen und FlexCo-Eintragungen. So entfallen 47,2% der Startup-Gründungen und 45,9% der FlexCo-Eintragungen auf Wien, 12,1% bzw 12,8% auf Oberösterreich, 12,0% bzw 9,1% auf die Steiermark, 8,2% bzw 14,6% auf Niederösterreich, 7,8% bzw 6,1% auf Tirol, 4,2% bzw 4% auf Salzburg, 3,9% bzw 2,9% auf Kärnten, 2,7% bzw 2,9% auf Vorarlberg und 1,9% bzw 1,7% auf das Burgenland.[23]

Die bestehenden FlexCos sind in zahlreichen unterschiedlichen Bereichen und Branchen tätig.

Der österr Gesetzgeber hat sich freilich bewusst dazu entschieden, die FlexCo nicht auf Startups zu beschränken, sondern für jeden erlaubten Zweck zu öffnen.[24], [25] Ein Blick in die öffentlichen Register verdeutlicht, dass dieses Angebot in der Praxis auch durchaus angenommen worden ist. Die bestehenden FlexCos sind nämlich in zahlreichen unterschiedlichen Bereichen und Branchen tätig, so etwa bspw in der Unternehmensberatung[26] oder im Handelsgewerbe,[27] im Immobiliensektor[28] oder in der Beteiligungs- und Vermögensverwaltung,[29] als Baumeister[30] oder Maler und Anstreicher,[31] im Bereich der Gas- und Sanitärtechnik,[32] als Kfz-Werkstatt,[33] im Gastgewerbe[34] oder in der Hotellerie,[35] in der Datenverarbeitung und Informationstechnik[36] oder im Bereich der Kosmetik,[37] in der Kunst- und Kulturszene,[38] im Spielplatzbau,[39] als Bäcker[40] sowie als Tierarzt-,[41] Ziviltechniker-,[42] Steuerberater-[43] oder Rechtsanwalts-Gesellschaft.[44] Nur eine Notars-FlexCo sucht man vergeblich; dies ist aber nicht den flexCo-kritischen Stimmen aus dem Notarsstand,[45] sondern vielmehr der Notariatsordnung geschuldet: § 22 NO erlaubt Notargesellschaften nämlich nur in Form einer OG oder einer KG.

Die zuvor exemplarisch angeführten Tätigkeitsbereiche der bestehenden FlexCos verdeutlichen jedenfalls, dass die FlexCo in der Praxis nicht nur für den Betrieb innovativer, junger und aufstrebender Startups, sondern auch und wohl sogar öfter für sonstige Zwecke verwendet wird.

Die FlexCo könnte sohin aufgrund ihres jungen Alters, ihrer innovativen Ansätze und der angestrebten jährlichen Gründungszahlen zwar selbst als Startup unter den Gesellschaftsformen qualifiziert werden; eine überwiegend startup-lastige Gesellschaftsform ist sie (zumindest derzeit) jedoch nicht.

D. Rechtsformzusatz

In der Öffentlichkeit stechen FlexCos oftmals durch den für viele noch ungewohnten Rechtsformzusatz hervor. Gem § 2 FlexKapGG hat die Firma einer FlexCo die Bezeichnung *„Flexible Kapitalgesellschaft"* oder *„Flexible Company"* oder deren jeweilige Abkürzung *„FlexKapG"* oder *„FlexCo"* zu enthalten. In der Praxis haben sich bis dato die abgekürzten Rechtsformzusätze deutlich durchgesetzt. So enthalten rund 87% der Gesellschaften den Zusatz *„FlexCo"* und 12% den deutschen *„FlexKapG"*-Zusatz, während jeweils rund 0,5% unter den ausgeschriebenen Rechtsformzusätzen firmieren.[46]

Auf den ersten Blick scheint bemerkenswert, dass sich in der Praxis der fremdsprachliche Rechtsformzusatz für die FlexCo durchgesetzt hat. Auf den zweiten Blick ist das aber nichts

---

17) Stand 11. 1. 2025.
18) FN 626050 m.
19) FN 624078 m. Das Verfahren wurde mit Wirkung zum 21. 1. 2025 eröffnet und wird derzeit zu 11 S 5/25 h des LG Wiener Neustadt als Konkursverfahren geführt.
20) ErläutRV 2320 BlgNR 27. GP 1.
21) Vgl zu den Jahren 2012 bis 2022 Austrian Startup Monitor 2023, 14; https://austrianstartupmonitor.at/wp-content/uploads/2024/03/StartUpMonitor_2023.pdf (abgerufen am 29. 8. 2024).
22) Unternehmen, die jünger als zehn Jahre alt sind, mit ihren Produkten, Dienstleistungen, Technologien oder Geschäftsmodellen innovativ sind und ein signifikantes Mitarbeiter:innen- oder Umsatzwachstum aufweisen oder anstreben, s Austrian Startup Monitor 2023, 4; https://austrianstartupmonitor.at/wp-content/uploads/2024/03/StartUpMonitor_2023.pdf (abgerufen am 29. 8. 2024).
23) Startupgründungen: Austrian Startup Monitor 2023, https://austrianstartupmonitor.at/wp-content/uploads/2024/03/StartUpMonitor_2023.pdf (abgerufen am 12. 9. 2024); FlexCo-Eintragungen FB (Stand 11. 1. 2025).
24) ErläutRV 2320 BlgNR 27. GP 1. Dies begrüßend etwa *Kalss*, GesRZ 2023, 345.
25) Vorausgesetzt bleibt aber freilich, dass Sonderbestimmungen für einen bestimmten Zweck keine anderslautende Rechtsform vorschreiben (vgl näher *R. Rastegar* in *Rastegar/Rastegar/Rastegar*, FlexKapGG-ON[1.00] § 1 Rz 33 ff).
26) Gemäß GISA-Abfrage vom 21. 1. 2025 haben 43 FlexCos eine Gewerbeberechtigung für Unternehmensberatung.
27) Gemäß GISA-Abfrage vom 21. 1. 2025 haben 79 FlexCos eine Gewerbeberechtigung für das Handelsgewerbe.
28) Siehe zB FN 625113 i und zahlreiche weitere.
29) Siehe zB FN 637444 v oder FN 620247 d und zahlreiche weitere.
30) FN 625331 f.
31) FN 635787 g, FN 530010 b, FN 624612 y.
32) ZB FN 633280 w oder FN 633804 s.
33) ZB FN 623403 w.
34) Gemäß GISA-Abfrage vom 21. 1. 2025 haben 31 FlexCos eine Gewerbeberechtigung für das Gastgewerbe.
35) ZB FN 633528 i.
36) Gemäß GISA-Abfrage vom 21. 1. 2025 haben 119 FlexCos eine Gewerbeberechtigung für Dienstleistungen in der automatischen Datenverarbeitung und Informationstechnik.
37) FN 632376 s.
38) ZB FN 631608 k (Filmproduktion), FN 621876 z (Musical-Entwicklung und -Vermarktung) oder FN 630665 z (Verlagswesen).
39) FN 636539 m.
40) FN 632937 s.
41) FN 628149 z.
42) FN 639529 i.
43) FN 634911 v, FN 633378 p, FN 637966 k, FN 625401 h, FN 625244 b, FN 620463 x, FN 623931 x.
44) FN 628469 w; FN 636886 y.
45) Vgl bereits FN 7.
46) Stand jeweils 11. 1. 2025.

Neues – man denke etwa an die (verpflichtenden) lateinischen Zusätze der SE[47] oder der SCE[48] oder an ausl Gesellschaften, die aufgrund der unionsrechtlichen Grundfreiheiten ihren Sitz nach Österreich verlegen dürfen.

E. Aufsichtsratspflicht

Als möglicher Nachteil der FlexCo gegenüber der GmbH wird oft § 6 FlexKapGG hervorgehoben, wonach die FlexCo – verglichen mit der GmbH – einer früher eingreifenden Aufsichtsratspflicht unterliegt.[49] Neben den in § 29 Abs 1 GmbHG geregelten Fällen (die iW dann einschlägig sind, wenn die Gesellschaft über ein hohes Stammkapital [mehr als € 70.000,–] und viele Gesellschafter [mehr als 50] verfügt, eine hohe Zahl an Arbeitnehmern beschäftigt [durchschnittlich mehr als 300] oder ein Unternehmen von öffentlichem Interesse ist) muss für die FlexCo auch dann ein Aufsichtsrat bestellt werden, wenn sie gemäß den Rechnungslegungsbestimmungen des UGB zumindest als mittelgroße Kapitalgesellschaft zu qualifizieren ist.[50] Dies wiederum setzt das Überschreiten von zumindest zwei der folgenden drei Schwellenwerte voraus: (i) Bilanzsumme von mehr als 5 Mio Euro, (ii) jährliche Umsatzerlöse von mehr als 10 Mio Euro und (iii) 50 Arbeitnehmer im Jahresdurchschnitt. Selbst im Fall der Überschreitung der Größenmerkmale besteht eine Aufsichtsratspflicht aber grds erst dann, wenn die Schwellenwerte in zwei aufeinander folgenden Jahren überschritten wurden. Nur bei Neugründungen oder Umgründungen (mit Ausnahme der rechtsformwechselnden Umwandlung) besteht eine Aufsichtsratspflicht bereits, wenn die Größenmerkmale am ersten Abschlussstichtag nach der Neugründung oder Umgründung vorliegen.[51]

Für die im Jahr 2024 gegründeten FlexCos hat dies zur Folge, dass die strengere Aufsichtsratspflicht frühestens 2025 schlagend werden könnte. Erfahrungsgemäß erreichen jedoch die wenigsten neu gegründeten Gesellschaften, insb Startups, in ihrem ersten Geschäftsjahr die Größenmerkmale einer (zumindest) mittelgroßen Kapitalgesellschaft. Insofern ist uE davon auszugehen, dass sich die strengere Aufsichtsratspflicht frühestens in einigen Jahren merkbar auswirken könnte. Es bleibt den Gesellschaftern einer FlexCo aber naturgemäß unbenommen, einen Aufsichtsrat auf fakultativer Basis einzurichten.[52]

Es überrascht jedenfalls nicht, dass für die wenigsten FlexCos bis dato ein Aufsichtsrat eingerichtet worden ist.[53]

F. Unternehmenswertanteile

Zu den größten Neuerungen iZm der FlexCo zählen die (gänzlich) neu geschaffenen Unternehmenswert-Anteile,[54] eine neue *„Beteiligungsform sui generis mit gesetzlich genau determinierten und stark eingeschränkten Rechten und Pflichten“*.[55]

Unternehmenswert-Anteile sollen insb Mitarbeitern einer FlexCo eine korporative Beteiligung an der Gesellschaft und damit die Teilhabe am Unternehmenserfolg[56] durch entsprechende Partizipation an einem allfälligen Bilanzgewinn sowie an einem allfälligen Verwertungs- und Liquidationserlös[57] ermöglichen.[58] Ihre Ausgabe setzt eine gesellschaftsvertragliche Grundlage voraus[59] und ist umfangmäßig beschränkt, weil Unternehmenswert-Anteile insgesamt lediglich auf weniger als 25% des gesamten Stammkapitals einer FlexCo entfallen dürfen,[60] dies bei einer Mindeststückelung von € 0,01 pro Unternehmenswert-Anteil.[61]

Stimmen in der Lit erkennen in Unternehmenswert-Anteilen *„die größte Neuerung des FlexKapGG“*,[62] *„das Kernanliegen von Start-ups“*,[63] eine *„wichtige Neuerung“*,[64] *„eine wohl weltweit einzigartige Insellösung“*,[65] eine *„bemerkenswerte Neuerung ohne Regelungsvorbild“*[66] oder überhaupt gar den primären Zweck der FlexCo.[67] Insb deren Komplexität stieß aber auch wiederholt auf Kritik.[68]

Unternehmenswert-Anteile sollen Mitarbeitern eine korporative Beteiligung an der FlexCo ermöglichen.

In der Praxis lässt sich die von der überwiegenden Mehrheit der Literaturstimmen zugesprochene positive Bedeutung der Unternehmenswert-Anteile jedenfalls (noch) nicht erkennen: Lediglich rund 10%[69] der im FB eingetragenen FlexCos haben tatsächlich Unternehmenswert-Anteile ausgegeben. Diese niedrigen Zahlen lassen kritische Stimmen bereits fragen, ob Unternehmenswert-Anteile nicht ein gänzlich gescheitertes Projekt seien.[70] Ein solcher Schluss drängt sich uE aber derzeit noch nicht auf.

In der Lit werden freilich vermehrt auch (potenzielle) Risiken dieser Beteiligungsform hervorgehoben, die insb die Funktion als Mitarbeiterbeteiligungs-Vehikel in Frage stellen könnten und die längst etablierten Mitarbeiterbeteiligungsformen wie etwa Substanzgenussrechte[71] oder Virtual Stock Option Programme *(„VSOP“)* umso attraktiver erscheinen lassen. Die Diskussion umkreist namentlich das Verbot der Einlagenrückgewähr, das bei der FlexCo auch für Unternehmenswert-Beteiligte gilt.[72] Daher sehen Literaturstimmen eine potenzielle

---

47) Art 11 VO (EG) 2157/2001 (in der geltenden Fassung).
48) Art 10 VO (EG) 1435/2003 (in der geltenden Fassung).
49) *K. Rastegar,* NetV 2024, 46; *Kernbichler,* Die Presse 2025/04/04.
50) § 221 Abs 2 und 4 UGB.
51) § 6 FlexKapGG iVm § 221 Abs 4 UGB.
52) § 29 Abs 6 GmbHG iVm § 1 Abs 2 FlexKapGG; s dazu näher *Hammerschmidt* in *Wünscher,* FlexKapGG § 6 Rz 41f.
53) Zum Stand 17. 10. 2024 gab es lediglich für eine FlexCo, die aus einer Umwandlung hervorgekommen ist, einen Aufsichtsrat.
54) §§ 9ff FlexKapGG.
55) ErläutRV 2320 BlgNR 27. GP 7.
56) ErläutRV 2320 BlgNR 27. GP 1 und 4.
57) § 9 Abs 3 FlexKapGG.
58) *Rizzi/Ringhofer,* ÖJZ 2023/152.
59) § 9 Abs 1 S 1, 1. HS FlexKapGG.
60) § 9 Abs 1 S 1, 2. HS FlexKapGG.
61) § 9 Abs 2 S 2 FlexKapGG. Zu Unternehmenswert-Anteilen s näher *Hartig* in *Wünscher,* FlexKapGG § 10 Rz 1ff.
62) *Wünscher,* GesRZ 2024, 146.
63) *Holzer/Payer/Stückler,* DJA 2024/6. In dem Sinn auch *Fleischer/Pendl* in *Fleischer,* Rechtsformneuschöpfungen im in- und ausländischen Gesellschaftsrecht, 699 (716).
64) *Kalss,* GesRZ 2024, 140 (145).
65) *K. Rastegar,* DJA 2024, 80. Siehe auch *K. Rastegar,* ecolex 2023, 909.
66) *Fleischer/Pendl* in *Fleischer,* Rechtsformneuschöpfungen im in- und ausländischen Gesellschaftsrecht, 699 (716). Zu der inhaltlich jedoch kritischen Wertung von *Fleischer/Pendl* s noch FN 68.
67) *Fantur,* GES 2024, 1.
68) *Eckert/Sternig,* ecolex 2023, 917; *Fleischer/Pendl* in *Fleischer,* Rechtsformneuschöpfungen im in- und ausländischen Gesellschaftsrecht, 699 (729); *Zollner,* ÖJZ 2023, 904.
69) Stand 17. 10. 2024.
70) *Hayden,* RdW 2024, 424.
71) Vgl hierzu *Hayden,* RdW 2024, 424 (433).
72) *H. Foglar-Deinhardstein,* NZ 2024, 324; *Hartig* in *Wünscher,* FlexKapGG § 9 Rz 29; *Wünscher,* GesRZ 2024, 146 (147f); *Jeitler/Juster* in *Schneeweiss/Hule,* FlexKapGG § 9 FlexKapGG Rz 21; *Artmann* in *Aumüllner/Verweijen,* FlexKapGG § 9 Rz 47; *Fantur,* GES 2024, 1 (2); *Trenker,* ZIK 2024, 48 (50); *Rizzi/Ringhofer,* ÖJZ 2023, 891 FN 54; *Zib,* NZ 2023, 382 (385); *Kühteubl/Unterdünhofen,* ZAS 2024, 208; *Wimmer,* ÖBA 2024, 588 (600) FN 82; *Albl,*

„Haftungsfalle"[73] für solche Unternehmenswert-Beteiligte, die neben ihrer Gesellschafterstellung zugleich auch Arbeitnehmer der Gesellschaft sind.[74] Es werden Sorgen dahingehend formuliert, dass Mitarbeiter, die Unternehmenswert-Anteile an einer FlexCo erhalten, im Lichte der Kapitalerhaltungsregeln hinsichtlich der Höhe der Zahlungen aus ihrem Dienstverhältnis einem scharfen Haftungsrisiko ausgesetzt sein könnten und bei unangemessen hohem Entgelt Rückzahlungsansprüche der Gesellschaft zu gewärtigen hätten.[75]

Diese Sorge ist grds nicht unberechtigt, weil naturgemäß das Gehalt eines Gesellschafters, der in einem Dienstverhältnis zur Gesellschaft steht, ebenso dem Angemessenheitspostulat der Kapitalerhaltungsregeln unterliegt wie jede andere Leistungs- und Austauschbeziehung der Gesellschaft mit einem Anteilseigner. IdR wird die Thematik aber pragmatisch und zugleich rechtsdogmatisch fundiert lösbar sein.[76]

G. Eigene Geschäftsanteile & Gesellschafter

Neben den Regelungen zu den Unternehmenswert-Anteilen wurden (für die Maßstäbe des FlexKapGG) die Bestimmungen betreffend den derivativen Erwerb eigener Geschäftsanteile (und damit zusammenhängende Aspekte) relativ prominent und umfangreich geregelt.[77] Hierbei orientiert sich der Gesetzgeber iW an den aktienrechtlichen Parallelbestimmungen[78] und flexibilisiert diese bzw liberalisiert das dbzgl deutlich restriktivere GmbH-Recht[79] deutlich.[80]

Diese in der Sache zu begrüßende Flexibilisierung[81] bzw deutliche Liberalisierung[82] wird in der Praxis jedoch – zumindest derzeit noch – kaum angenommen: Nicht einmal 0,5% der eingetragenen FlexCos[83] halten eigene (reguläre)[84] Geschäftsanteile. Etwas öfter, nämlich in knapp 5%[85] der FlexCo-Gesellschaftsverträge, wird die Gesellschaft zum Erwerb eigener Anteile ermächtigt; auch im Rahmen von gesellschaftsvertraglichen Abtretungsverpflichtungen und Ausschlüssen ist zT der Erwerb eigener Geschäftsanteile bzw die Möglichkeit zur Einziehung von Geschäftsanteilen vorgesehen.[86]

Eine nähere Betrachtung der Gesellschafterstrukturen von FlexCos verdeutlicht, dass rund die Hälfte[87] aller FlexCos Ein-Personen-Gesellschaften sind. Gründer sind sowohl natürliche als auch juristische Personen, wobei 69% der Gesellschaften nur natürliche Personen als Gesellschafter haben. Darüber hinaus haben rund 85%[88] der FlexCos lediglich ein Stammkapital in Höhe des gesetzlichen Mindeststammkapitals von € 10.000,–, das wiederum beinahe bei jeder zweiten FlexCo[89] nicht zur Gänze aufgebracht worden ist.

H. Flexible Finanzierungsmaßnahmen

Das FlexKapGG zeichnet sich auch durch mehrere flexible Finanzierungsmaßnahmen aus. In der Praxis wurde hiervon bis dato das genehmigte Kapital gem § 21 FlexKapGG angenommen, das in rund 14% der Gesellschaftsverträge der eingetragenen FlexCos verankert ist.[90]

Bei dem genehmigten Kapital handelt es sich um die Ermächtigung der Geschäftsführung für einen Zeitraum von bis zu fünf Jahren, das Stammkapital der Gesellschaft bis zu einem bestimmten Nennbetrag durch Ausgabe neuer Geschäftsanteile gegen Einlagen zu erhöhen, wobei dieser Nennbetrag (das genehmigte Kapital) die Hälfte des zur Zeit der Ermächtigung vorhandenen Stammkapitals nicht übersteigen darf.

Genehmigtes Kapital kann bereits im Rahmen der Gesellschaftsgründung,[91] aber auch nachträglich durch entsprechende Gesellschaftsvertragsänderung beschlossen werden.[92]

Die Möglichkeit der bedingten Kapitalerhöhung ist derzeit in bloß 1% aller FlexCo-Gesellschaftsverträge verankert.

In Deutschland, wo die Möglichkeit des genehmigten Kapitals für die GmbH mit dem Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) im Jahr 2008 geschaffen wurde, hat es sich bis dato nur, aber immerhin, in der Startup-Szene[93] sowie bei Venture-Capital-Unternehmen, Wandeldarlehen und bei Mitarbeiterbeteiligungsprogrammen[94] durchgesetzt. Insofern ist nachvollziehbar, dass das genehmigte Kapital nun auch im auf Startups ausgelegten FlexKapGG verankert wurde. Die relativ starke Rezeption in der Praxis verdeutlicht die Attraktivität dieser flexiblen Kapitalmaßnahme auch in Österreich.

Deutlich weniger attraktiv scheint demgegenüber die Möglichkeit der bedingten Kapitalerhöhung. Diese Form der zweckgebundenen und umfänglich beschränkten bedingten Kapitalerhöhung[95] wurde bis jetzt nämlich in der Praxis kaum angenommen und ist derzeit[96] in bloß 1% aller FlexCo-Gesellschaftsverträge verankert, obwohl sie für Fremdkapitalge-

immo aktuell 2024, 23; aA *K. Rastegar/K. Rastegar/R. Rastegar* in *Rastegar/Rastegar/Rastegar,* FlexKapGG-ON § 9 Rz 169 ff.

73) *Fantur,* GES 2024, 1 (2).

74) *Trenker,* ZIK 2024, 48 (50). Vgl auch *Kühteubl/Unterdünhofen,* ZAS 2024, 208; *T. Hayden,* RdW 2024, 424 (433); *Beiser,* ÖStZ 2024, 53 (56); *Albl,* immo aktuell 2024, 23; *Fritz,* BÖB 2024, 34 (36).

75) *Trenker,* ZIK 2024, 48 (50); *Fantur,* GES 2024, 1; *Albl,* immo aktuell 2024, 23.

76) *Wünscher,* GesRZ 2024, 146 (148 f) mwN; *Jeitler/Juster* in *Schneeweiss/Hule,* FlexKapGG § 9 FlexKapGG Rz 21; *H. Foglar-Deinhardstein,* NZ 2024, 324 f.

77) § 15 – § 18 FlexKapGG.

78) Vgl §§ 65 ff AktG.

79) Vgl § 81 GmbHG.

80) *H. Foglar-Deinhardstein* in *Rastegar/Rastegar/Rastegar,* FlexKapGG-ON[1.00] § 15 Rz 5; *H. Foglar-Deinhardstein,* ÖJZ 2023, 911 (912). Siehe hierzu auch ErläutRV 2320 BlgNR 27. GP 11.

81) Siehe hierzu auch etwa *Schopper,* ecolex 2023, 1018.

82) *Kalss,* GesRZ 2023, 345.

83) Stand 17. 10. 2024.

84) Da Unternehmenswert-Beteiligte nicht individuell im FB eingetragen sind, sondern bloß einmal jährlich eine Namensliste der Unternehmenswert-Beteiligten in der öffentlichen Urkundensammlung veröffentlicht wird (§ 9 Abs 8 FlexKapGG), kann keine konkrete Aussage dahingehend getroffen werden, ob und wie oft FlexCos eigene Unternehmenswert-Anteile halten.

85) Stand 17. 10. 2024.

86) ZB FN 630026 I, FN 623768 g oder FN 633019 k.

87) Stand 17. 10. 2024.

88) Stand 17. 10. 2024.

89) Stand 17. 10. 2024.

90) Stand 17. 10. 2024.

91) § 21 Abs 1 FlexKapGG.

92) § 21 Abs 2 FlexKapGG.

93) Vgl mwN *Ziemons,* MHLS[4] § 55 a GmbHG Rz 1; *Ziemons,* BeckOK GmbHG[61] § 55 a Rz 1.

94) *Wicke,* GmbHG[5] § 55 a Rz 1. Vgl auch mwN *Hule* in *Schneeweiss/Hule,* FlexKapGG § 21 FlexKapGG Rz 5 und 8.

95) §§ 19 f FlexKapGG.

96) Stand 17. 10. 2024.

ber aufgrund der mit Bezugsrechten abgesicherten Partizipation an steigenden Unternehmenswerten uE durchaus attraktiv sein könnte.[97]

Zu den sonstigen im Rahmen des FlexKapGG vorgesehenen flexiblen Finanzierungsformen[98] sind noch zu wenig öffentlich zugängliche empirische Daten verfügbar, um deren Rezeption in der Praxis beurteilen zu können. UE ist aber eher davon auszugehen, dass die flexiblen Finanzierungsformen grds in einer zweiten Phase nach der Gründung und dem Verbrauch des Startkapitals stärker an Relevanz gewinnen würden.

Schlussstrich

Der Stapellauf der FlexCo war erfolgreich. Ein Jahr nach der Einführung dieser neuen Rechtsform zeigt sich, dass sie vom Markt gut angenommen wird und schon auf durchaus beachtliche Gründungszahlen verweisen kann. Bei den zahlreichen Sonderinstrumenten, die das FlexKapGG als Option anbietet, reagieren die Rechtsanwender derzeit noch vorsichtig zurückhaltend.

[97] Vgl auch *Jaritz,* GesRZ 2023, 351.
[98] § 22 FlexKapGG.

Die faktische Geschäftsführung in der Judikatur des OGH

Ein Überblick für die Praxis

BEITRAG. Der *„gesetzlich nicht näher determinierte Begriff des faktischen Geschäftsführers“* ist nach dem OGH[1] *„durch ein vielschichtiges, rechtlich keineswegs exakt umrissenes Verständnis“* geprägt. Da an die Qualifikation als faktischer Geschäftsführer weitreichende (nachteilige) Rechtsfolgen geknüpft sind, ist die Determinierung der Rechtsfigur der faktischen Geschäftsführung in der Praxis wenig überraschend mit Unsicherheiten verbunden. Der folgende Beitrag gibt daher – unter Außerachtlassung der Literatur[2] – einen Überblick über die einschlägige Rechtsprechung. Im ersten Teil stellen wir den vom OGH bisher judizierten Begriffsinhalt dar. Im zweiten Teil geben wir einen Überblick über jene Sachverhaltselemente, die den OGH zur (Nicht-)Annahme einer faktischen Geschäftsführung bewogen haben. ecolex 2025/112

MMag. Dr. **Markus Fellner** ist Partner der Fellner Wratzfeld & Partner Rechtsanwälte GmbH und Leiter der Praxisbereiche Corporate/M&A, Bankrecht und Finanzierungen und Restrukturierungen. Als Vortragender ist er an verschiedenen Bildungsinstituten tätig und Autor einschlägiger Fachpublikationen in den Bereichen Banking & Finance, Gesellschaftsrecht, Restrukturierungen und Insolvenz.
Dr. **Philipp Grasser** ist Rechtsanwaltsanwärter bei der Fellner Wratzfeld & Partner Rechtsanwälte GmbH.

A. Die faktische Geschäftsführung nach dem OGH

1. Erste inhaltliche Stellungnahme iZm der Durchgriffshaftung

Ausgangspunkt der folgenden Analyse ist die Rsp zur Durchgriffshaftung. Dieses Haftungsinstitut sieht entgegen dem kapitalgesellschaftsrechtlichen Trennungsprinzip ausnahmsweise eine Gesellschafterhaftung in mehreren Fallkonstellationen vor, ua aufgrund faktischer Geschäftsführung (durch den Gesellschafter). Nach dem OGH[3] wird eine Gesellschaft tatbestandsmäßig *„faktisch beherrscht“,* wenn die *„Geschäftsführungsentscheidungen“* zur Konzernleitung verlagert und dort die *„richtungweisenden“* Entscheidungen getroffen werden. Der OGH stellte jedoch in zwei Folgeentscheidungen[4] klar, dass *„nicht bereits dann, wenn die Muttergesellschaft von ihrem pflichtgebundenen Leitungs- und Weisungsrecht Gebrauch macht, sondern nur dann ein Haftungsdurchgriff auf die Muttergesellschaft in Betracht kommt, wenn diese bei der Einflussnahme auf die Tochtergesellschaft die Sorgfaltspflichten bei der Verwaltung fremden Vermögens verletzt hat“.*

[1] OGH 14. 9. 2011, 6 Ob 202/11s. Da der vorliegende Beitrag besonders judikaturlastig ist, führen wir aus Gründen der Übersichtlichkeit ausnahmsweise nur die GZ und das Entscheidungsdatum, nicht jedoch etwaige Fundstellen an.
[2] Siehe nur aus der Beitragsliteratur in chronologisch absteigender Reihenfolge: *Lobnik,* ÖBA 2025, 97; *Felzmann,* NZ 2024, 653; *Lobnik,* ZFR 2024, 524; *Bork,* ÖJZ 2024, 877; *Langer,* SWK 2024, 362; *Herda,* JAS 2024, 70; *Hayden,* wbl 2023, 301; *Fraberger* in FS Zöchling (2022) 564; *Posani,* ÖJZ 2022, 24; *Lobnik,* GES 2021, 287; *Althuber/Rieder* in *Ruhm/Kerbl/Bernwieser,* Der Konzern im Gesellschafts- und Steuerrecht (2021) 915; *Koppensteiner,* RdW 2020, 498; *Artmann* in *Artmann/Rüffler/Torggler,* Gesellschafterpflichten in der Krise (2015) 45; *Kotschnigg,* SWK 2015, 639; *Jovic,* GES 2013, 332; *Artmann* in FS Aicher (2012) 23; *Kraus,* ÖJZ 2011, 283; *Rauter,* JAP 2010/2011/24, 231; *Frenzel/Schörghofer,* GesRZ 2011, 43; *Dellinger,* ÖBA 2010, 681; *Ruhm/Toms,* ecolex 2009, 682; *Derntl,* RdW 2008, 380; *Luschin,* GesRZ 2008, 159; *U. Torggler,* JBl 2006, 85; *Harrer,* GesRZ 2004, 379; *Schima,* GesRZ 1999, 100 und 159; *Karollus,* ÖBA 1990, 337; *Nowotny,* DRdA 1989, 93; *Jabornegg,* wbl 1989, 1 und 43; *Koppensteiner,* wbl 1988, 1; *Doralt,* GesRZ 1982, 88.
[3] OGH 14. 7. 1986, 1 Ob 571/86.
[4] OGH 12. 4. 2001, 8 ObA 98/00w; 19. 12. 2002, 2 Ob 308/02m.