

Begriff der Flexiblen Kapitalgesellschaft

§ 1. (1) Eine Flexible Kapitalgesellschaft (FlexKapG) ist eine Kapitalgesellschaft, die nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes zu jedem gesetzlich zulässigen Zweck durch eine oder mehrere Personen gegründet werden kann.

(2) Soweit in diesem Bundesgesetz keine abweichenden Regelungen getroffen werden, sind auf die FlexKapG die für Gesellschaften mit beschränkter Haftung geltenden Bestimmungen anzuwenden.

Materialien:¹

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.

Literatur:

Aicher, Zivil- und gesellschaftsrechtliche Probleme der Besorgung öffentlicher Aufgaben durch ausgegliederte Rechtsträger mit den Mitteln des Privatrechts, in *Funk*, Die Besorgung öffentlicher Aufgaben durch ausgegliederte Privatrechtssubjekte (1981) 191; *Gruber*, Die Rechtsanwalts-GmbH, RdW 2000, 65; *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht² (2017); *Ostheim*, Zur Rechtsfähigkeit von Verbänden im österreichischen bürgerlichen Recht (1967); *Ke. Rastegar*, Subsidiäres GmbH-Recht und Auslegung, *ecolex* 2023, 909; *J. Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I² (1996); *Rizzi/Ringhofer*, Die neue Gesellschaftsform der FlexKapG, *ÖJZ* 2023, 891; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht⁴ (2002); *H. Torggler/Sedlacek*, Die Rechtsanwalts-GmbH, *AnwBl* 1999, 600; *U. Torggler*, Treuepflichten im faktischen GmbH-Konzern (2007); *ders*, Gesellschaftsrecht AT und Personengesellschaften (2013); *ders*, Sanieren oder Ausscheiden, in *Artmann/Rüffler/Torggler*, Gesellschafterpflichten in der Krise (2015) 1; *Walch*, Die subsidiäre Anwendbarkeit der GesBR-Bestimmungen im GmbH-Recht nach der GesBR-Reform, RdW 2015, 78; *Werdnik*, Der Gesetzesentwurf zur Flexiblen Kapitalgesellschaft, *Aufsichtsrat aktuell* 2023, 103; *Winner*, Öffentlich-rechtliche Anforderungen und gesellschaftsrechtliche Probleme bei Ausgliederungen, *ZfV* 1998, 104.

Gliederung

Rz

| | |
|---|----|
| I. Einleitung | 1 |
| II. Begriff der FlexKapG | 2 |
| III. Gesellschaftszweck | 4 |
| A. Begriff | 5 |
| B. Zweckneutralität/-offenheit | 6 |
| C. Unzulässige Zwecke | 7 |
| IV. Gründer und Gesellschafter | 9 |
| V. Subsidiär anwendbares Recht (Abs 2, § 1175 Abs 3 ABGB) | 10 |

¹ ErlRV 2320 BlgNR 27. GP 3.

I. Einleitung

- 1 § 1 regelt nach seiner Überschrift (vgl auch § 1 AktG) den „*Begriff der FlexKapG*“.² Dieser Kennzeichnung des Normgehalts entspricht es, dass Abs 1 die gesetzliche Ausgestaltung der FlexKapG als **Kapitalgesellschaft** (unten Rz 2) betont.³ Abs 1 legt außerdem, obwohl der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung dieser neuen Kapitalgesellschaftsform vor allem spezifische Bedürfnisse von Start-ups und anderen innovativen Unternehmen berücksichtigte,⁴ die **Zweckneutralität/-offenheit** der FlexKapG fest (unten Rz 4 ff). Schließlich lässt Abs 1 noch die **Einpersonengründung** zu (unten Rz 9). Nach Abs 2 gelten (**subsidiär**) für die FlexKapG vorbehaltlich abweichender Regelungen des FlexKapGG die **Bestimmungen, die für die GmbH gelten** (unten Rz 10).

II. Begriff der FlexKapG

- 2 Abs 1 konkretisiert den „*Begriff der FlexKapG*“ indem er sich der Einteilung von Gesellschaftsformen nach ihrem **Idealtypus** bedient.⁵ Entsprechend dieser Einteilung zählt Abs 1 die FlexKapG zu den **Kapitalgesellschaften**. Der Begriff der Kapitalgesellschaft ist nicht legal definiert, zeichnet sich allerdings anerkanntermaßen dadurch aus, dass die Beiträge der Gesellschafter (das ist die Einlage geldwerter Güter [s § 20 Abs 2 AktG]) zu einem ziffernmäßig bestimmten Stammkapital (s § 6 GmbHG) im Vordergrund stehen; als typische Kapitalgesellschaft qualifiziert die Lehre die AG und (in abgeschwächter Gestalt auch) die GmbH.⁶ Mit diesem Begriffsverständnis harmoniert, dass die FlexKapG ihren konzeptionellen Ausgangspunkt beim Recht der GmbH hat (s auch unten Rz 10), das der Gesetzgeber um (angepasstes) Aktienrecht anreichert, wodurch die neue Rechtsform nach der Vorstellung des Gesetzgebers das Kleid eines **Hybrids** aus GmbH und AG trägt.⁷ Indessen tut es der gesetzlichen Qualifikation der FlexKapG als Kapitalgesellschaft keinen Abbruch, dass Start-ups, deren Bedürfnisse der Gesetzgeber primär zu befriedigen trachtete,⁸ oftmals durch die Persönlichkeit und den persönlichen Einsatz der Gründer geprägt werden, zumal die neue Rechtsform internationale Venture-Capital-Investoren adressiert,⁹ für die ihre Kapitalbeteiligung im Vordergrund steht. Auch entspricht es der vordringlichen Ausrichtung auf die Kapitalbeteiligung, dass der Gesetzgeber die Anteilsübertragung – wenn auch nicht formfrei gestattet – zu erleichtern trachtet (s § 12),¹⁰ um bei der FlexKapG eine flexible Anteilsvergabe und den Mitgliederwechsel zu fördern.¹¹
- 3 Da die FlexKapG gegenüber ihren Gesellschaftern so weit verselbständigt ist, dass sie auch als Einpersonengesellschaft gegründet werden und (fort)bestehen kann (Abs 1; s auch unten Rz 9),

2 Vgl ErlRV 2320 BlgNR 27. GP 1, 3.

3 ErlRV 2320 BlgNR 27. GP 1. S auch einerseits § 1 AktG, der die AG definiert, und andererseits § 1 GmbHG, der die Definition der GmbH wegen der Schwierigkeit, eine „*alle unterscheidenden Merkmale bezeichnende Definition*“ in das Gesetz zu gießen, der Wissenschaft überlässt (EB 236 BlgHH 17. Sess 55).

4 ErlRV 2320 BlgNR 27. GP 3.

5 Statt vieler nur U. Torggler, Gesellschaftsrecht I Rz 70 ff; Artmann/Rüffler, Gesellschaftsrecht² Rz 20.

6 U. Torggler, Gesellschaftsrecht I Rz 70 ff; Artmann/Rüffler, Gesellschaftsrecht² Rz 20.

7 ErlRV 2320 BlgNR 27. GP 1.

8 ErlRV 2320 BlgNR 27. GP 1, 3.

9 ErlRV 2320 BlgNR 27. GP 1.

10 Vgl U. Torggler, Gesellschaftsrecht I Rz 71.

11 Vgl ErlRV 2320 BlgNR 27. GP 10.

ist sie **juristische Person**.¹² Als juristische Person ist die FlexKapG **rechtsfähig** (s auch § 61 GmbHG).¹³ Die FlexKapG ist also ein von ihren Gesellschaftern verschiedenes und unabhängiges Rechtssubjekt; ihre Rechts- und Vermögenssphäre ist von jener der Gesellschafter getrennt, selbst wenn die FlexKapG eine Einpersonengesellschaft ist („**Trennungsprinzip**“).¹⁴ Rechtsfähigkeit erlangt die FlexKapG mit ihrer (insofern konstitutiven) Firmenbucheintragung (§ 2 Abs 1 GmbHG iVm § 1 Abs 2);¹⁵ sie endet nach der Lehre vom Doppeltatbestand, wenn die FlexKapG vermögenslos *sowie* im Firmenbuch gelöscht ist.¹⁶ Umfänglich ist die Rechtsfähigkeit der FlexKapG grundsätzlich der Rechtsfähigkeit einer natürlichen Person gleichgestellt (§ 26 Satz 2 ABGB)¹⁷ und nicht auf den Unternehmensgegenstand oder -zweck beschränkt (Ultra vires-Lehre);¹⁸ (begründungsbedürftige) Ausnahmen bestehen bei den gesetzlichen bzw vertraglichen Rechten und Pflichten, die als Trägerin zwingend eine natürliche Person voraussetzen (deutlich Art 53 ZGB),¹⁹ wie insb Persönlichkeitsrechte oder Familienrechte oder auch die Fähigkeit zu vererben.²⁰ Dementsprechend ist die FlexKapG auch grundrechtsfähig, soweit die Grundrechte nach ihrer Art und Weise nicht eine natürliche Person voraussetzen.²¹ Damit die FlexKapG Rechte und Pflichten begründen kann, bedarf sie allerdings natürlicher Personen, weil sie selbst **nicht handlungsfähig** ist.²²

III. Gesellschaftszweck

Eine FlexKapG kann zu „*jedem gesetzlich zulässigen Zweck*“ gegründet werden (Abs 1; in der Sache ebenso § 1 GmbHG; s ferner auch § 105 S 3 UGB), obwohl sie stets (Form-)Unternehmerin ist (§ 2 UGB iVm § 1 Abs 2 FlexKapGG; s dazu auch unten Rz 10).

A. Begriff

Der Gesellschaftszweck ist von den persönlichen Motiven zu unterscheiden, die jeder Gesellschafter mit seiner Beteiligung an der Gesellschaft verfolgt.²³ Außerdem grenzt der Gesellschaftszweck den Gesellschaftsvertrag von anderen Vertragstypen (insb Austausch- und Geschäftsbesorgungsverträgen) ab.²⁴ Vom (meist im Gesellschaftsvertrag zwar nicht explizierten,

12 Zum Begriff *U. Torggler*, Gesellschaftsrecht I Rz 60 ff. S ferner auch schon zur GmbH EB 236 BlgHH 17. Sess 53 und HHB 272 BlgHH 17. Sess 6.

13 Vgl RIS-Justiz RS0035042 (zur GmbH).

14 Vgl RIS-Justiz RS0035042; weiterführend dazu zB *S.-F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 61 Rz 7.

15 Vgl zur GmbH EB 236 BlgHH 17. Sess 56. Zur sog Vor-Ges s *U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 2 Rz 17 ff.

16 RIS-Justiz RS0050186 (zur GmbH); s auch RIS-Justiz RS0021209.

17 RIS-Justiz RS0118475; VwGH 2006/03/0099; *Aicher* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 26 Rz 24. S auch weiterführend zur GmbH *Aicher/S.-F. Kraus/Spindel* in WK GmbHG § 61 Rz 13 ff.

18 Statt aller nur *Artmann/Rüffler*, Gesellschaftsrecht² Rz 845.

19 *U. Torggler*, Gesellschaftsrecht I Rz 419 f.

20 Vgl *Aicher* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 26 Rz 26.

21 *Ostheim*, Rechtsfähigkeit 152 ff; *Aicher* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 26 Rz 30 (mwN aus der Rsp).

22 Vgl RIS-Justiz RS0035042 (zur GmbH).

23 *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht⁴ 61; s auch *Schauer* in *Kalss* et al, GesR² Rz 2/271; 1 Ob 426/54 Rz 1954, 28.

24 Vgl *U. Torggler*, Gesellschaftsrecht I Rz 109 ff; *Schauer* in WK-UGB⁴ § 105 Rz 11; s auch BGH II ZR 188/57 WM 1959, 857.

aber implizit enthaltenen²⁵ [s aber für die Inanspruchnahme steuerlicher Begünstigungen §§ 34 ff BAO]) Gesellschaftszweck unterscheidet der Gesetzgeber den Unternehmensgegenstand (vgl § 4 Abs 1 Z 2, § 50 Abs 3 GmbHG; s auch § 1175 Abs 3 ABGB). Gesellschaftszweck und Unternehmensgegenstand sind daher anerkanntermaßen nicht synonym,²⁶ über ihr Verhältnis ist man sich jedoch uneins.²⁷ Der OGH betrachtet den Unternehmensgegenstand als den engeren Begriff²⁸ und als Haupteckdatenquelle für den Gesellschaftszweck.²⁹ Verbreitet wird ihr Verhältnis als jenes von Zweck und Mittel gesehen, sodass der Unternehmensgegenstand als Tätigkeitsbereich das Mittel zur Verfolgung des als Ziel zu begreifenden Gesellschaftszwecks vorgibt.³⁰ Eine vorrangige Ansicht qualifiziert den Gesellschaftszweck als weiteren Begriff,³¹ der die (im)materielle Zielsetzung und den konkreten Tätigkeitsbereich umfasst, in dem das Ziel verfolgt werden soll.³²

B. Zweckneutralität/-offenheit

- 6 Als zweckneutrale/-offene (Kapital-)Gesellschaftsform („jedem gesetzlich zulässigen Zweck“) steht die FlexKapG – obzwar stets (Form-)Unternehmerin (§ 2 UGB iVm § 1 Abs 2; s unten Rz 10) – nicht nur den primär adressierten Start-ups und allen anderen Unternehmern – insbesondere Gründern in der Frühphase, Social Entrepreneurs und KMU – zur Verfügung.³³ Vielmehr kann eine FlexKapG nicht nur zu **kommerziellen** (erwerbswirtschaftlichen), sondern auch zu **ideellen Zwecken**³⁴ (etwa zur Erfüllung gesellschaftlicher, humanitärer, wohltätiger bzw karitativer Agenden)³⁵ oder zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben³⁶ gegründet werden.³⁷ Dementsprechend

25 U. Torggler in U. Torggler, GmbHG § 1 Rz 7; Enzinger in WK GmbHG § 1 Rz 13.

26 RIS-Justiz RS0117409; Schmidberger/Duursma in Gruber/Harrer, GmbHG² § 1 Rz 9; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 1 Rz 5 mit Hinweisen auf die praktische Bedeutung der Unterscheidung, die jedoch relativiert, dass nach hA (zB Koppensteiner/Rüffler, aaO 5; Enzinger in WK GmbHG § 1 Rz 13) für die Änderung des Gesellschaftszwecks dieselbe Mehrheit wie für die Änderung des Unternehmensgegenstands gilt, dh Einstimmigkeit erforderlich ist.

27 Vgl zum Meinungsstand U. Torggler, Treuepflichten 71 ff; s auch Fleischer in MüKo GmbHG⁴ § 1 Rz 8.

28 OGH 6 Ob 81/02h ecolox 2003, 685 (Konwitschka); krit wegen der Verschiedenheit der Begriffe Enzinger in WK GmbHG § 1 Rz 13.

29 Vgl 6 Ob 21/79 NZ 1981, 8: „der Gesellschaftszweck ist aber aus dem Unternehmensgegenstand abzuleiten“; OGH 17. 11. 1987, 4 Ob 382/87: „Vielmehr folgt bereits aus der Typizität der dort [bezogen auf UntGegenstand] umschriebenen Tätigkeit der Ausübung des Reisebürogewerbes die Ertragsabsicht der Gesellschaft“; s auch RG II 171/39, RGZ 164, 129; Schmidberger/Duursma in Gruber/Harrer, GmbHG² § 4 Rz 35 (mwN); aA (wohl irrtümlich) OLG Wien 5 R 106/82, NZ 1983, 94.

30 Vgl zB OGH I ZR 354/16 NZ 1917, 16; OLG Linz 13 R 82/88 HS 18.355 (zur Gen) Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 1 Rz 5.

31 Dafür etwa auch A. Winkler/M. Winkler in F/A/H, GmbHG § 1 Rz 6.

32 U. Torggler in U. Torggler, GmbHG § 1 Rz 7; zust Duursma/Duursma-Keplinger/Roth, Handbuch zum Gesellschaftsrecht (2007) Rz 219; wohl sympathisierend Artmann in Artmann³ § 105 Rz 34; s auch ErlRV 270 BlgNR 25. GP 6.

33 ErlRV 2320 BlgNR 27. GP 1.

34 Vgl auch zur GmbH EB 236 BlgHH 17. Sess 50; HHB 272 BlgHH 17. Sess 6 f.

35 RIS-Justiz RS0059382 (zur GmbH).

36 Dazu Winner, ZfV 1998, 104 (108 f); Aicher in Funk, Die Besorgung 191 ff.

37 Vgl auch zu § 105 Satz 2 UGB und § 1175 Abs 3 ABGB, wonach die OG bzw GesbR „jeden erlaubten Zweck [...] haben“ kann; ErlRV 1058 BlgNR 22. GP 35 f bzw ErlRV 270 BlgNR 25. GP 6. S auch schon EB 236

kann ihr Zweck etwa auch sein, sich an anderen Gesellschaften zu beteiligen (Holding) oder eine (FlexKap & Co) KG zu gründen bzw zu führen.³⁸

C. Unzulässige Zwecke

Ob ein Zweck wegen **Gesetz- oder Sittenwidrigkeit** unzulässig ist,³⁹ ist anhand des gesamten Normenbestands der Rechtsordnung zu beurteilen.⁴⁰ Unzulässig ist etwa der Betrieb von Versicherungsgeschäften und die Tätigkeit als politischer Verein (§ 1 Abs 2 GmbHG iVm § 1 Abs 2), der Betrieb einer Bausparkasse (§ 5 Abs 1 Z 1 BSpG) sowie einer Pensionskasse (§ 6 Abs 1 PKG), die Ausübung bestimmter freiberuflicher Tätigkeiten (§ 12 Abs 3 ApothekenG; §§ 22 ff NO; s auch § 3 Abs 1 ÄrzteG 1998; s aber auch § 1a RAO, § 1a PatentanwaltsG; § 52a Abs 1 Z 2 ÄrzteG 1998, § 54 WTBG 2017, §§ 23 ff ZTG 2019) ebenso wie die Verfolgung eines kartellrechtswidrigen Zwecks⁴¹ oder auch der Betrieb zu Zwecken des Sozialbetrugs.⁴²

Unzulässigkeit des Zwecks führt nach allg Grundsätzen (§ 879 ABGB) zur **(Teil-)Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrags**.⁴³ Das Gesuch auf Eintragung der FlexKapG in das Firmenbuch ist – vorbehaltlich einer aufzutragenden Verbesserung (§ 17 FBG) – abzuweisen.⁴⁴ Wird die FlexKapG jedoch (irrtümlich) eingetragen,⁴⁵ kommt ihre amtswegige Löschung gem § 10 Abs 3 FBG (ggf gem § 86 GmbHG) und eine Nichtigkeitsklage analog § 216 AktG in Betracht.⁴⁶

IV. Gründer und Gesellschafter

Die FlexKapG kann auch als Einpersonengesellschaft gegründet werden (Abs 1; s dazu § 3 Abs 2 GmbHG) und fortbestehen (s demgegenüber § 1175 Abs 1 ABGB und ferner § 105 Satz 4 UGB). Gründer und Gesellschafter kann sein, wer **rechtsfähig** ist (dh Träger von Rechten und Pflichten sein kann). Grundsätzlich können daher (Gründer-)Gesellschafter alle natürlichen und moralischen Personen (s § 26 ABGB) des privaten und öffentlichen Rechts sein;⁴⁷ so etwa die OG/KG (s § 105 UGB)⁴⁸ oder auch eine Verlassenschaft (s § 546 ABGB), nicht aber die GesBR oder andere bloße Rechtsgemeinschaften, deren Gesellschafter aber Mitberechtigte iSd

BlgHH 17. Sess 55, wonach der GmbH keine weiteren Beschränkungen auferlegt werden als der physischen Person.

38 OGH 7 Ob 590/95 SZ 69/173 (zur GmbH & Co KG).

39 EB 236 BlgHH 17. Sess 55; 6 Ob 21/79 NZ 1981, 8; 6 Ob 79/69 EvBl 1970/43, 74.

40 *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG⁵ § 1 Rz 10.

41 1 Ob 268/58 JBl 1959, 291.

42 OLG Wien 28 R 169/04k GES 2005, 114 [*Fantur*]; OLG Wien 28 R 121/04a NZ 2005, 152; vgl auch RS0018213: AuslBG.

43 6 Ob 19/93 GesRZ 1994, 301; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG⁵ § 1 Rz 12.

44 1 Ob 268/58 JBl 1959, 291; s auch zur GmbH EB 236 BlgHH 17. Sess 56.

45 S auch zur Existenz der Gesellschaft infolge ihrer Eintragung trotz Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrags RIS-Justiz RS0059507 und RS0059097 (jeweils zur GmbH); jedoch wird durch die Firmenbucheintragung die unzulässige Bestimmung des Gesellschaftsvertrags nicht verbindlich (EB 236 BlgHH 17. Sess 56).

46 Vgl *U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 1 Rz 10; *Schmidberger/Duursma* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 1 Rz 13.

47 6 Ob 1/79 NZ 1980, 88; OLG Wien 5 R 18/83 NZ 1984, 85.

48 Vgl schon III Ob 138/21 SZ 3/58.

§ 80 GmbHG sein können.⁴⁹ Allerdings können sich für die Beteiligung einer juristischen Person an einer Gesellschaft nach dem OGH Beschränkungen aus den für sie geltenden Vorschriften ergeben.⁵⁰ Bei einem ideellen Verein müsse das Vereinsstatut die Beteiligung decken;⁵¹ Entsprechendes gelte bei einer Genossenschaft gem § 5a Z 2 GenG, bei der außerdem ihre Beteiligung gem § 1 Abs 2 GenG dem Förderzweck dienen müsse.⁵² Weiters beschränkt das Berufsrecht uU den Kreis der (potenziellen) Gesellschafter (s etwa §§ 52–52d ÄrzteG, § 21c RAO,⁵³ § 63 WTBG 2017, § 27 ZTG 2019, s auch §§ 9, 9b WGG). Auch die Satzung kann den Gesellschafterkreis beschränken, sie kann insb bestimmte Qualifikationen verlangen.⁵⁴

V. Subsidiär anwendbares Recht (Abs 2, § 1175 Abs 3 ABGB)

- 10 Der Gesetzgeber konzipierte die FlexKapG ausgehend vom GmbHG, weil er die Rechtsform der GmbH nach einer Bestandsaufnahme der österreichischen (Kapital-)Gesellschaftsformen für die Bedürfnisse von Start-ups und anderen innovativen Unternehmen, die seine Regelungsmotivation primär nährten, als besonders geeignet erachtete, wenngleich er in manchen Bereichen eine (noch) größere Freiheit zur individuellen Ausgestaltung als nach dem GmbH-Recht erstrebenswert empfand.⁵⁵ Deshalb sind auf die FlexKapG gemäß Abs 2, soweit das FlexKapGG keine abweichende Anordnung trifft, die für die **GmbH geltenden Bestimmungen**, dh insbesondere und eben nicht ausschließlich (s zB § 2 UGB) das GmbHG, **subsidiär** anwendbar;⁵⁶ die FlexKapG soll dadurch auf unionsrechtlicher Ebene in den Genuss aller Vorteile einer österreichischen GmbH kommen.⁵⁷ Der Rückgriff auf das GmbH-Recht hat wegen der geringen Regelungsdichte des FlexKapGG große Bedeutung. Durch ihn sollen „Lücken“ des FlexKapGG, deren Vorliegen unter Zuhilfenahme der gängigen Auslegungsmethoden zu ermitteln ist, so geschlossen werden, dass für die neue Kapitalgesellschaftsform – insbesondere zwecks hoher Rechtssicherheit für Gesellschafter und Vertragspartner⁵⁸ – schon ab dem Inkrafttreten des FlexKapGG in vielen Bereichen auf einen reichen Erfahrungsschatz der Rechtswissenschaft und Judikatur zurückgegriffen werden kann.⁵⁹ Denselben Effekt erzielt der Gesetzgeber – wenn auch nicht explizit in den ErlRV betont –, indem er manche Bereiche in Anlehnung

49 J. Reich-Rohrwig, GmbHR I² Rz 1/19; U. Torggler in U. Torggler, GmbHG § 1 Rz 4; vgl auch Heidinger/Schneider in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 2 Rz 12 (mwN).

50 Krit Heidinger/Schneider in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 2 Rz 15.

51 RS0080346; vgl auch 6 Ob 188/01t wbl 2002, 228.

52 6 Ob 19/83 SZ 57/28; vgl auch RS0059173, RS0059165; krit Dellinger in Dellinger, GenG² § 1 Rz 51 ff, 64 ff.

53 S dazu H. Torggler/Sedlacek, AnwBl 1999, 600 (601 f); Gruber, RdW 2000, 65 (66 ff).

54 OLG Wien 5 R 18/83 NZ 1984, 85; A. Winkler/M. Winkler in F/A/H, GmbHG § 1 Rz 14.

55 ErlRV 2320 BlgNR 27. GP 1.

56 ErlRV 2320 BlgNR 27. GP 3: „also insbesondere das GmbH-Gesetz“; Ke. Rastegar, ecoloX 2023, 909 (909). Insofern aber zu eng ErlRV 2320 BlgNR 27. GP 1 („subsidiäre Geltung des GmbH-Gesetzes“); Werdnik, Aufsichtsrat aktuell 2023, 103 (103).

57 ErlRV 2320 BlgNR 27. GP 1.

58 ErlRV 2320 BlgNR 27. GP 3.

59 ErlRV 2320 BlgNR 27. GP 1.

an das AktG regelt.⁶⁰ Dadurch wird nämlich ebenfalls eine Orientierung an der Lehre und Judikatur zum AktG möglich, soweit der Gesetzgeber dieses für die FlexKapG nicht angepasst in das FlexKapGG überführt hat.^{61, 62}

Außerdem gelten für die FlexKapG die §§ 1175 ff ABGB subsidiär, weil die FlexKapG im Numerus clausus der Gesellschaftsformen eine spezielle Gesellschaftsform ist (§ 1175 Abs 4 ABGB).⁶³ Die subsidiäre Anwendbarkeit der §§ 1175 ff ABGB setzt das Fehlen einer speziellen Regelung in den einschlägigen Sondergesetzen (FlexKapGG und GmbHG) und die Angemessenheit der Anwendung einer GesbR-Norm im Regelungsgefüge der FlexKapGG voraus.⁶⁴ Die praktische Bedeutung dieser subsidiären Anwendbarkeit der §§ 1175 ff ABGB wird allerdings wegen der hohen Regelungsdichte des Kapitalgesellschaftsrechts als gering eingestuft.⁶⁵

11

Rechtsformzusatz

§ 2. Die Firma der Gesellschaft hat abweichend von § 5 Abs. 1 GmbHG die Bezeichnung „Flexible Kapitalgesellschaft“ oder die Bezeichnung „Flexible Company“ zu enthalten. Diese Bezeichnungen können mit „FlexKapG“ oder mit „FlexCo“ abgekürzt werden.

Materialien:

Allgemeiner Teil (5. Absatz):¹

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.

Zu § 2:²

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.

Literatur:

Birnauer, Der Ministerialentwurf des GesRÄG 2023, ÖRPfI 2023 H 1, 28; *Kalss*, Die FlexCo, die kleine Schwester der GmbH, die schnell wachsen wird, GesRZ 2023, 345; *Ke. Rastegar*, Subsidiäres GmbH-Recht und Auslegung,

⁶⁰ Vgl ErlRV 2320 BlgNR 27. GP 1, 4 (zu § 8), 8 (zu § 9 Abs 7), 11 f (zu § 15), 12 (zu §§ 16–18), 12 f (zu §§ 19–20).

⁶¹ Vgl ErlRV 2320 BlgNR 27. GP 1.

⁶² Vgl *Rizzi/Ringhofer*, ÖJZ 2023, 891 (891).

⁶³ Vgl *U. Torggler*, Gesellschaftsrecht I Rz 21 ff, 36 ff.

⁶⁴ Vgl *U. Torggler* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Gesellschafterpflichten 1 (30 ff).

⁶⁵ Vgl *Walch*, RdW 2015, 78 (79); *Artmann* in *Fenyves et al*, ABGB⁵ § 1175 Rz 92; *A. Winkler/M. Winkler* in *F/A/H*, GmbHG § 1 Rz 4.

¹ ErlRV 2320 BlgNR 27. GP 1.

² ErlRV 2320 BlgNR 27. GP 3.

ecolex 2023/571; J. Reich-Rohrwig, Begutachtungsentwurf zur flexiblen Kapitalgesellschaft (FlexCo), ecolex 6/2023, 497; Rizzi/Ringhofer, Die neue Gesellschaftsform der FlexKapG, ÖJZ 2023/152; Told, Gasteditorial, Die Geburtsstunde einer neuen Kapitalgesellschaftsform steht bevor, ÖJZ 2023/148; Werdnik, Der Gesetzesentwurf zur Flexiblen Kapitalgesellschaft, Aufsichtsrat aktuell 2023, 103.

Gliederung

Rz

| | |
|-----------------------------|---|
| I. Einleitung | 1 |
| II. Gründung | 3 |
| III. Rechtsformzusatz | 6 |

I. Einleitung

- Die **allgemeinen Vorschriften über die Firma** einer Gesellschaft sind im dritten Abschnitt des UGB, und zwar in den §§ 17 ff UGB, geregelt. Auf diesen Bestimmungen fußen auch das GmbHG und die dort befindlichen Regelungen zu Firma und Rechtsformzusatz.
- Bei der Firma handelt es sich nicht lediglich um die Bezeichnung der Gesellschaft, sondern um den Namen, unter dem die Gesellschaft im Firmenbuch registriert ist und unter dem der Unternehmer auftritt, seine Geschäfte betreibt und Unterschriften tätigt.³ Dieser kann zwischen Personen-, Sach- und Fantasiefirmen oder einer Kombination dieser drei in Form einer Mischfirma wählen.⁴ Der **Rechtsformzusatz** ist gemäß § 19 UGB **zwingender Bestandteil** der Firma und ist an den selbst gewählten ersten Teil der Firma anzufügen. Mithilfe des Rechtsformzusatzes wird man nicht nur über die Rechtsform informiert, sondern erhält damit automatisch auch Kenntnis über den Haftungsumfang.⁵

II. Gründung

- In § 1 Abs 2 FlexKapGG findet sich der Generalverweis auf die Bestimmungen des GmbH-Rechts und damit eine Subsidiaritätsklausel ua für das GmbHG. Der **Gründungsablauf** bei der FlexKapG richtet sich folglich nach dem ersten Abschnitt des GmbHG, und zwar in concreto den Bestimmungen §§ 1 bis 12, soweit das FlexKapGG nicht ausnahmsweise davon abweicht (s dazu Rz 5).
- Für die Errichtung der Gesellschaft bedarf es eines Gesellschaftsvertrags, welcher in Form eines Notariatsaktes abgeschlossen werden muss. § 4 GmbHG bestimmt den notwendigen Inhalt, und zwar müssen die Firma und der Sitz der Gesellschaft, der Unternehmensgegenstand, die Höhe des Stammkapitals sowie die Höhe der Stammeinlagen im Gesellschaftsvertrag angeführt sein. Die Bestellung der Geschäftsführer erfolgt ebenso wie bei der GmbH entweder im Gesellschaftsvertrag oder anschließend mittels Beschlusses. Nach erfolgter Einzahlung auf die Stammeinlagen wird die Anmeldung zum Firmenbuch auch bei der FlexKapG von sämtlichen Geschäftsführern unterschrieben (§ 9 GmbHG), bevor die neue Gesellschaft abschließend im Firmenbuch eingetragen werden kann und damit entsteht (§ 2 GmbHG).

³ Vgl § 17 UGB.

⁴ Berger in Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer, GmbHG § 5 Rz 2.

⁵ Verweijen, Rechtsformzusatz, in RDB Keywords¹.

Abweichungen stellen die Vorschriften zur Firma (§ 2 FlexKapGG) sowie zur Höhe der Stammeinlagen dar (§ 3 FlexKapGG). Eine weitere Anpassung ist bei der in § 5 FlexKapGG geltenden Höhe der Einzahlung auf die Stammeinlagen zu beachten. 5

III. Rechtsformzusatz

Mit der Bezeichnung „Flexible Kapitalgesellschaft“ wollte der Gesetzgeber die besonders weitreichenden Gestaltungsmöglichkeiten dieser neuen Rechtsform betonen.⁶ Das englische Pendant „Flexible Company“ oder dessen Abkürzung „FlexCo“ können alternativ zur deutschen Bezeichnung gewählt werden, um dem Ziel des Gesetzes, insbesondere für internationale Venture-Capital-Investoren attraktiv zu sein, gerecht zu werden.⁷ Überdies verleihen die Bezeichnung „flexibel“ und der entsprechende Rechtsformzusatz der Gesellschaft einen dynamischen Charakter.⁸ Als Rechtsformzusatz in der Firma einer FlexKapG soll die deutsche oder die englische Bezeichnung in ausgeschriebener oder abgekürzter Form verwendet werden können.⁹ Folglich stehen dem Gründer bei der Wahl der Firma vier mögliche Rechtsformzusätze zur Verfügung, und zwar: „Flexible Kapitalgesellschaft“, „FlexKapG“, „Flexible Company“ oder „FlexCo“.¹⁰ 6

Schon in der Vergangenheit konnten für GmbH fremdsprachige Firmenwortlaute gebildet werden,¹¹ solange sie in lateinischen Buchstaben geschrieben wurden.¹² Die Möglichkeit – anders als bisher bei der GmbH –, den Rechtsformzusatz nun **nicht mehr ausschließlich in deutscher Sprache** zu bilden, ist hingegen ein Novum. 7

Im Übrigen sind die **allgemeinen Regeln** hinsichtlich der Firmenbildung in den einschlägigen Vorschriften im 3. Abschnitt des ersten Buches des UGB, und zwar §§ 17 ff UGB, § 43 ABGB und § 9 UWG, zu berücksichtigen, welche ohnehin bereits bisher für die GmbH zu berücksichtigen waren.¹³ Hervorzuheben sind vor allem die folgenden Grundsätze: die **Kennzeichnungskraft** sowie die **Unterscheidungskraft** der Firma und das zu berücksichtigende **Irreführungsverbot** sowie die **Firmenausschließlichkeit**. 8

Tritt die FlexKapG in **Liquidation**, wird wie bei der GmbH „in Liquidation“, „in Liqu.“ oder „i.L.“ beizufügen sein, da es sich hier nicht um einen Bestandteil bzw eine Änderung der Firma handelt, sondern lediglich um einen Zusatz.¹⁴ 9

In der Praxis wird sich erst zeigen, ob die **Befürchtung einer möglichen Irreführung** durch die Bezeichnung „Flexible Company“ insoweit berechtigt ist, „als das österreichische Unternehmensrecht bis dato keine englischsprachigen Gesellschaftsformen kennt und in eng- 10

6 ErlRV 2320 BlgNR 27. GP 1.

7 *Ibid.*

8 *Kalss*, Die FlexCo, die kleine Schwester der GmbH, die schnell wachsen wird – Erwerb eigener Anteile, GesRZ 2023, 345.

9 ErlRV 2320 BlgNR 27. GP 1.

10 *Werdnik*, Der Gesetzesentwurf zur Flexiblen Kapitalgesellschaft, Aufsichtsrat aktuell 2023, 103.

11 NZ 1987, 185; OGH 28. 8. 1986, 6 Ob 8/86.

12 OGH 16. 3. 2011, 6 Ob 67/10m.

13 *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz³ § 5 Rz 3.

14 *Berger* in *Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG § 5 GmbHG, Rz 29.

lischsprachiger Form derzeit nur inländische Zweigniederlassungen ausländischer Rechtsträger (so etwa britische ‚limiteds‘) im österreichischen Firmenbuch eingetragen sind“.¹⁵ Aufgrund der ausdrücklichen gesetzlichen Ermöglichung eines englischsprachigen Rechtsformzusatzes gem § 2 FlexKapGG ist wohl davon auszugehen, dass dessen Verwendung jedenfalls nicht *per se* gegen das firmenrechtliche Irreführungsverbot verstößt. Derartige Bedenken sind daher eher zu zerstreuen.

Stammeinlagen der einzelnen Gesellschafterinnen

§ 3. Die Stammeinlagen der einzelnen Gesellschafterinnen müssen abweichend von § 6 Abs. 1, § 54 Abs. 3 und § 58 GmbHG mindestens 1 Euro betragen und dürfen nicht unter diesen Betrag herabgesetzt werden.

Materialien:¹

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.

Literatur:

Armour, Share Capital and Creditor Protection: Efficient Rules for a Modern Company Law, *Modern Law Review* 2000, 371; *Armour/Hansman/Kraakman/Pargendler*, What is Corporate Law? in *Armour/Enriques et al*, The Anatomy of Corporate Law³ (2016); *Baums*, Agio und sonstige Zuzahlungen im Aktienrecht in *Florstedt et al*, Beiträge zum Recht der Unternehmensfinanzierung (2016); *Baums*, Recht der Unternehmensfinanzierung (2017); *Bezzemberger*, Das Kapital der Aktiengesellschaft (2005); *Bormann*, Die Kapitalaufbringung nach dem Regierungsentwurf des MoMiG, *GmbHR* 2007, 898; *Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts (1995); *Eckert*, Gesellschaftsrechtliche Fragen der Finanzierung des Beteiligungserwerbs, in *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence² (2014); *Eidenmüller/Grunewald/Noack*, Das Mindestkapital im System des festen Kapitals, in *Lutter*, Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa (2006); *Enriques/Macey*, Creditors Versus Capital Formation: The Case against the European Legal Capital Rules, *Cornell Law Review* 2001; *Foglar-Deinhardstein/Trettnak*, Agio oder Gesellschafterzuschuss, *RdW* 2010/500; *Habersack/Casper/Löbbe*, *GmbHG* I³ (2019); *Hirschler*, Bilanzrecht I² (2019); *Hoening*, Zum Verbot der Stundung von Agiobeträgen, *RdW* 2002/530; *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen des GmbH-Rechts (2004); *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht² (2017); *Koppensteiner*, Agio und Kapitalaufbringung, *GesRZ* 2015, 6; *Kunzmann/Schmidt/Schrader*, Vom Start-Up zum Börsenkandidaten (2020); *Napokoj/Pelinka*, Handbuch Venture-Capital-Finanzierung² (2023); *Pereira*, Designing Startup Corporate Law: A Minimum Viable Product, *Review of Banking & Financial Law* 2022, 367; *J. Reich-Rohrwig*, Das österreichische GmbH-Recht (1983); *J. Reich-Rohrwig/Kinsky/Kraus*, Austrian Limited – Eine Startup-freundliche neue Rechtsform (2019); *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht⁴ (2002); *Simon*, Die Bilanzen der Aktiengesellschaften (1886); *U. Torggler*, Gesellschaftsrecht AT und Personengesellschaften (2013); *Weitnauer*, Handbuch Venture Capital⁷ (2022); *Wenger*, Zur praktischen Bedeutung von Zuschüssen im Zusammenhang mit Kapitalerhöhungen und Anmerkungen zu Gesellschafterzuschüssen und Großmutterzuschüssen aus zivil- und gesellschaftsrechtlicher Sicht, *RWZ* 2002/19; *Wünscher*, Das Mindeststammkapital im GmbH-Recht – (noch immer) ein notwendiges Gläubigerschutzinstrument? *GesRz* 2019, 152; 1185; *Zankl*, Rechtshandbuch der Digitalisierung (2021).

15 GÖD Bundesvertretung Richterinnen und Richter, Staatsanwältinnen und Staatsanwälte – BV 23, Stellungnahme zum MinEntw GesRÄG 2023, 32/SN-276/ME 2.

1 ErlRV 2320 BlgNR 27. GP 3.