



works

Newsletter Startups und Wachstumsfinanzierung Issue 1|2024

Die Themen dieses Newsletters:

1. [Wofür die neue FlexCo alles taugt](#)
2. **Gamechanger für Start-ups? Mitarbeiterbeteiligung und FlexCo**
3. **Neue steuerliche Rahmenbedingungen für Mitarbeiterbeteiligungen in Start-ups**
4. **Das Schicksal der gründungsprivilegierten GmbH**
5. **Der Beirat - Was er kann, was er darf und was er nicht dürfen soll**

1. Wofür die neue FlexCo alles taugt

Diskutiert als neue Rechtsform für Start-ups, wird die neue Flexible Kapitalgesellschaft (FlexKapG bzw FlexCo) in der Praxis ein deutlich weiteres Anwendungsfeld haben. Es beginnt schon einmal bei einer ganz allgemeinen Frage: Ist die FlexCo nicht die bessere GmbH und sollte man künftig allen Mandant:innen, die eine haftungsbeschränkte, „private“ Gesellschaft gründen wollen zur FlexCo raten? Ich meine ja! Die FlexCo ist im Prinzip eine GmbH, nur bietet sie, *nomen est omen*, mehr Flexibilität, die man nutzen kann, aber nicht muss. Und sie ist wegen ihrer reduzierten Formvorschriften bei Beschlussfassungen und Anteilsübertragungen jedenfalls weniger bürokratisch. Das einzige für die etablierte GmbH vorzubringende (eher „softe“) Argument ist die fehlende internationale (und wohl auch nationale) Bekanntheit. Dies wird sich jedoch mit der Zeit ändern und ist meines Erachtens kein ausreichender Grund, um nicht zur FlexCo zu greifen.

Dass die FlexCo mit ihren Unternehmenswert-Anteilen für Mitarbeiter:innenbeteiligung gut geeignet ist, wird medial auf und ab diskutiert und soll deswegen in diesem Beitrag eine Randnotiz bleiben und verweisen wir auf die diesbezüglichen Beiträge in diesem Newsletter. Diese Unternehmenswert-Anteile bringen bekanntlich vermögensrechtlich die Stellung eines/einer Gesellschafter:in, ohne jedoch nennenswerte Mitspracherechte zu gewähren. Das erinnert natürlich an das in der Praxis doch recht häufig verwendete Modell der eigenkapitalähnlichen Genussrechte. Werden die Unternehmenswert-Anteile also künftig statt Genussrechten als Finanzierungsinstrument eingesetzt werden. Ich denke schon, dass dies vorkommen wird, kenne aus meiner Beratungspraxis auch die eine oder andere Überlegung in diese Richtung.

Dafür spricht, dass ich ein klares gesetzliches Regelungsregime habe und die Beteiligung somit nicht auf rein vertraglicher Grundlage erfolgt. Genussrechtsbedingungen sind nach Judikatur als allgemeine Geschäftsbedingungen einzustufen und damit permanent in Gefahr, von anleger:innenfreundlichen Gerichten als gröblich benachteiligend oder intransparent eingestuft zu



works

werden. Genau hier liegt aber der auch der Nachteil: Rein vertraglich vereinbarte Beteiligungsmodelle gewähren mehr Gestaltungsspielraum. Ich kann also etwa eine Kündigung oder eine befristete Laufzeit mit Genussrechtsinhaber:innen vereinbaren, nicht aber mit Unternehmenswert-Anteilsinhabern. Hier müsste man allenfalls mit Rückkaufsoptionen (der Gesellschaft oder der Altgesellschafter) arbeiten. Zudem besteht für Unternehmenswert-Anteile mit der Schriftlichkeit zwar im Vergleich zu GmbH-Anteilen (Notariatsakt) ein reduziertes Formerfordernis. Schriftlichkeit bedeutet aber etwas vereinfacht gesagt Unterschriftlichkeit (physisch oder per qualifizierter elektronischer Signatur), was etwa im Crowdfunding zu Themen führt. Genussrechtszeichnungen sind dagegen gänzlich formfrei.

Stichwort Crowdfunding: Unternehmenswert-Anteil sind wie generell Geschäftsanteile von FlexCos keine übertragbaren Wertpapiere und unterliegen damit nicht der ECSP. Crowdfunding-Modelle mit Unternehmenswert-Anteilen müssen daher auf Basis der nationalen kapitalmarktrechtlichen Informationsregime (AltFG, (vereinfachter) Prospekt nach KMG) durchgeführt werden und profitieren nicht vom neuen unionsrechtlich einheitlichen Crowdfunding-Regime für übertragbare Wertpapiere.

In Sonderkonstellationen werden sich Unternehmenswert-Anteile auch für die Beteiligung von (strategischen) Partner:innen und Joint Ventures eignen. Dies natürlich immer dann, wenn der/die Partner:in von einem Projekt, das über eine FlexCo verwirklicht wird, „nur“ finanziell profitieren soll, der/die Projektbetreiber:in dagegen allein „das Sagen haben“ soll. In den Branchen Energie und Immobilien sehen wir hier derzeit etwa Anwendungsmöglichkeiten.

Man sieht also, es gibt durchaus vielseitige Einsatzmöglichkeiten bei ganz allgemeiner einfacherer und günstigerer Handhabung der neuen Rechtsform. Da stellt sich natürlich für die fast 200.000 bestehenden GmbHs bzw deren Eigentümer die Frage: Soll ich jetzt umwandeln? Dass eine Umwandlung recht leicht möglich ist, habe ich bereits im Beitrag *„Die FlexKapG ist da – Jetzt umwandeln?“*, nachzulesen auf unserer Homepage, beschrieben. Sinnvoll ist sie wohl (nur) dann, wenn häufigere Gesellschafter:innenwechsel zu erwarten, man eine Mitarbeiter:innenbeteiligung machen möchte oder eine der hier beschriebenen Finanzierungsvarianten andenkt.

Gernot Wilfling

2. Gamechanger für Start-ups? Mitarbeiterbeteiligung und FlexCo

Die Flexible Kapitalgesellschaft (FlexCo) stellt in vielerlei Hinsicht eine Verbesserung der gesellschaftsrechtlichen Möglichkeiten für Gründer dar. Eine der vielfältigen Neuerungen, welche das Flexible-Kapitalgesellschafts-Gesetz mit sich gebracht hat, war die Einführung von Unternehmenswert-



works

Anteilen. Diese Geschäftsanteile charakterisiert, dass die Inhaber zwar am Gewinn der Gesellschaft partizipieren, im Gegensatz zu gewöhnlichen Geschäftsanteilen jedoch weder ein Stimmrecht noch ein Bezugsrecht besitzen und darüber hinaus nur über eingeschränkte Informationsrechte verfügen. Wichtig hervorzuheben ist, dass wenn man Unternehmenswert-Anteile ausgeben möchte, dies im Gesellschaftsvertrag die Zulässigkeit der Ausgabe verschiedener Kategorien an Anteilen explizit vorgesehen muss. Das Ausmaß dieser Ausgabe darf jedoch 25% des Stammkapitals nicht überschreiten. Eine weitere Besonderheit ist, dass die Stammeinlagen der einzelnen Unternehmenswert-Beteiligten und der geringste Nennbetrag bei Stückanteilen nur mindestens einen Cent betragen muss.

Ziel der Gesetzesnovelle, mit welcher die FlexCo eingeführt wurde, war es auch, Mitarbeiter einfach und ohne die bisher bestehenden bürokratischen Hürden am Unternehmenserfolg partizipieren können. In erster Linie sind die Unternehmenswert-Anteile für ein sogenanntes „Exit Event“ gedacht, also den gewinnbringenden Verkauf des Start-ups an Investoren. Die Beteiligung an einem allfälligen Bilanzgewinn berührt dies zwar nicht, tritt demgegenüber jedoch in den Hintergrund.

Hier sind noch weitere wichtige Punkte im Zusammenhang mit den Unternehmenswert-Anteilen im Überblick:

- i) **Definition von Unternehmenswert-Anteilen:** Diese Anteile repräsentieren einen Teil des Unternehmenswertes und sind für Mitarbeiter sowie externe Investoren relevant.
- ii) **Informationspflichten für Mitarbeiterinnen:** Vor der Übernahme oder dem Erwerb von Unternehmenswert-Anteilen müssen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter über die Natur der Anteile und die wesentlichen Punkte des Gesellschaftsvertrags in rechtlicher und wirtschaftlicher Hinsicht informiert werden. Diese Belehrung muss zwei Wochen vor der Zeichnung oder Übernahme der Anteile erfolgen.

Übertragung von Unternehmenswert-Anteilen

Für die Übernahme oder Übertragung von Unternehmenswert-Anteilen reicht die Schriftform; es ist anders als bei der GmbH nicht zwingend ein Notariatsakt erforderlich. Unternehmenswert-Beteiligte werden nicht individuell im Firmenbuch eingetragen, vielmehr werden separate Listen geführt, die zum Firmenbuch eingereicht werden müssen. Bei Mitarbeitern gilt Besonderes: Der



works

Gesellschaftsvertrag muss regeln, an wen und unter welchen Bedingungen Mitarbeiter ihre Unternehmenswert-Anteile veräußern können, insbesondere wenn das Beschäftigungsverhältnis mit der Gesellschaft endet. Es zeigt sich also, dass die Einführung von Unternehmenswert-Anteilen eine der prägnantesten Neuerungen der FlexCo ist. Sie soll ua ermöglichen, dass Start-ups ihren Mitarbeitern attraktive finanzielle Anreize bieten können. Gleichzeitig sollen aber die Verwaltungs- und Mitwirkungsrechte der Gründer nicht verwässert werden. Es bleibt abzuwarten, wie die Gesetzesänderungen in der Praxis aufgenommen werden. Gerne stehen wir Ihnen bei Fragen im Zusammenhang mit der FlexCo jederzeit zur Verfügung.

Oliver Herzog / Matthias Konrad

3. Neue steuerliche Rahmenbedingungen für Mitarbeiterbeteiligungen in Start-ups

Seit 1. Jänner 2024 besteht mit der FlexCo nicht nur eine neue, insbesondere auf Start-ups abzielende Gesellschaftsform zur Verfügung, sondern wurde vom Gesetzgeber im gleichen Moment auch der Ruf der Start-up Community erhört, durch entsprechende Gesetzesänderungen die Beteiligung von Mitarbeitern am Unternehmenserfolg zu erleichtern und steuerlich attraktiver zu gestalten. Mit der aktuellen Gesetzesänderung wurden in der Praxis teilweise nur schwer nachvollziehbare steuerliche Probleme weitgehend gelöst.

Mitarbeiterbeteiligung in Start-ups

Ähnlich der in den Vereinigten Staaten bereits lange vorherrschenden Situation hat sich nunmehr auch in Österreich der Trend etabliert, Mitarbeiter in Start-ups neben dem laufenden Gehalt auch mit einer Beteiligung am Unternehmenserfolg partizipieren zu lassen. Während in anderen Ländern diese Erfolgsbeteiligung oftmals über Aktienprogramme bzw echte Beteiligungen erfolgt, haben sich in Österreich vor allem sogenannte VSOP (Virtual Share Option Programms) durchgesetzt.

Die Gründe, warum häufig VSOPs anstelle von echten Beteiligungen gewählt wurden, waren vor allem die für die mit der Übertragung von Anteilen verbundenen Kosten, aber auch steuerliche Überlegungen im Zusammenhang mit der vergünstigten Ausgabe von Geschäftsanteilen. Diesbezüglich bestand bisher nämlich das Risiko, dass die Anteilsübertragung eine Steuerbelastung auslöst, ohne dass dem Steuerpflichtigen tatsächlich Geld zugeflossen ist.



works

Im Rahmen des VSOPs werden Mitarbeiter über virtuelle Anteile im Fall eines Unternehmensverkaufs wirtschaftlich so gestellt, als ob sie tatsächlich am Start-up als Gesellschafter beteiligt wären. Dies führt zwar brutto zum vereinbarten Ergebnis, allerdings kam es – gerade bei erfolgreichen Exits – bei der Steuerberechnung oftmals zu großen Überraschungen für die Beteiligten. In der Praxis wurde es als unfair empfunden, dass beim Verkauf des Unternehmens die „echten“ Gesellschafter (oftmals) deutlich günstiger besteuert wurden als die Mitarbeiter, deren Erlös aus dem VSOP dem progressiven Einkommensteuersatz unterlag.

§ 67a EStG – Neue Gesetzeslage für Unternehmenswertanteile

Mit dem Start-up Förderungsgesetzes hat der Gesetzgeber nunmehr eine neue gesetzliche Grundlage ausgearbeitet, welche sich jedoch ausschließlich auf die FlexCo beziehen: durch die Ausgabe sogenannter Unternehmenswertanteile (als echte Anteile an der Gesellschaft) sollen Mitarbeiterbeteiligungen – aus gesellschaftsrechtlicher Sicht – gefördert werden.

Aus steuerrechtlicher Sicht ist die mit dem Start-up Förderungsgesetz neu eingeführte Bestimmung des § 67a Einkommenssteuergesetz von maßgeblicher Bedeutung, ermöglicht diese de facto eine Gleichstellung von beteiligten Mitarbeitern mit Investoren. Dies gilt jedoch nicht nur für FlexCos, sondern auch gleichermaßen für neue Mitarbeiterbeteiligungen von GmbHs. Von den Begünstigungen profitieren jedoch ausschließlich Mitarbeiter von Start-ups, welche als „kleine“ Unternehmen zu qualifizieren sind (dh Gründung vor weniger als 10 Jahren, maximal 100 Arbeitnehmer bzw weniger als EUR 40 Millionen Umsatz), und zwar für Beteiligungen von maximal bis zu zehn Prozent. Diese Einschränkungen kann als Versuch des Gesetzgebers betrachtet werden, auf diese Weise den Begriff „Start-up“ im Gesetz legal zu definieren.

Die Bestimmung des § 67a EStG bringt aus steuerlicher Perspektive zwei Vorteile mit sich: einerseits wird mit der Bestimmung ausdrücklich geregelt, dass die unentgeltliche Gewährung von Anteilen im Zeitpunkt der Anteilsgewährung noch nicht als Zufluss zu qualifizieren ist und entsprechend auch keine unmittelbaren Steuerbelastung nach sich zieht. Andererseits werden die Vorteile, wie sie sich beispielsweise aus dem Verkauf des Start-ups ergeben, zu 75 % mit einem Steuersatz von 27,5 % besteuert und das restliche Viertel mit dem jeweiligen auf den Mitarbeiter anzuwendenden Einkommensteuersatz.

Matthias Konrad

4. Das Schicksal der gründungsprivilegierten GmbH



works

Die seit Jahresbeginn geltenden Änderungen durch das Gesellschaftsrechts-Änderungsgesetz 2023 („GesRÄG“) werden vorrangig in Zusammenhang mit der neuen Gesellschaftsform der „Flexiblen Kapitalgesellschaft“ diskutiert. Die Novelle bringt aber auch für bestehende GmbHs wichtige Neuerungen. Die Mindestanforderungen an das Stammkapital wurden auf EUR 10.000 bei einer Mindesteinzahlung von EUR 5.000 herabgesetzt. Das entspricht den reduzierten Vorgaben, die bisher nur für gründungsprivilegierte GmbHs galten und dementsprechend findet man diese „Sonderform“ nun auch nicht mehr im GmbH-Gesetz (§ 10b GmbHG ist mit 1.1.2024 entfallen). Aber was bedeutet dies nun für bestehende gründungsprivilegierte Gesellschaften?

§ 127 Abs 30 GmbHG enthält eine Übergangsvorschrift: Die Bestimmungen über die Gründungsprivilegierung sind demnach für bereits bestehende gründungsprivilegierte GmbHs grundsätzlich weiterhin anwendbar, die Inanspruchnahme der Gründungsprivilegierung bleibt auch weiterhin im Firmenbuch eingetragen. Die Gründungsprivilegierung endet nunmehr nicht automatisch mit Zeitablauf (es bestand ja bekanntlich eine Befristung auf zehn Jahre ab Eintragung). Demnach besteht wohl auch kein akuter Handlungsbedarf für Gesellschafter einer gründungsprivilegierten GmbH (auch nicht, wenn die Befristung bald ablaufen würde). Man kann sich aber freilich, etwa aus optischen Gründen, dazu entscheiden, von einer gründungsprivilegierten auf eine „normale“ GmbH umzusteigen. Dazu bedarf es einer Generalversammlung, in welcher eine entsprechende Änderung des Gesellschaftsvertrags beschlossen wird, und einer Firmenbucheintragung. Zusätzliche Kapitaleinzahlungen sind nicht erforderlich. Und wer noch weiter gehen möchte: Auch die Umwandlung einer (gründungsprivilegierten) GmbH in eine Flexible Kapitalgesellschaft ist verhältnismäßig einfach. Wir unterstützen Sie dabei bei Bedarf gern.

Beseitigt man die Gründungsprivilegierung nicht freiwillig, ist jedenfalls bei künftigen Gesellschaftsvertragsänderungen Vorsicht geboten: Ab 1.1. 2025 gilt eine Eintragungssperre für geänderte Gesellschaftsverträge, in welchen noch eine Gründungsprivilegierung vorgesehen ist. Wenn man künftig sowieso den Gesellschaftsvertrag (an anderer Stelle ändert), sollte man unbedingt auch die Gelegenheit nutzen, die Gründungsprivilegierung zu beseitigen. Wenn man nach 31.12.2024 Änderungen des Gesellschaftsvertrags beim Firmenbuchgericht anmeldet, ohne die Gründungsprivilegierung zu beseitigen, wird das Firmenbuchgericht nämlich die Eintragung verweigern und man muss erneut zum Notar, um das Versäumnis nachzuholen.

Dominika Szanto/Matthias Konrad

5. Der Beirat - Was er kann, was er darf und was er nicht dürfen soll



works

Obwohl bei keiner Rechtsform als Organ vorgesehen, begegnet einem der „Beirat“ in der Unternehmenspraxis recht regelmäßig. Häufig ist er bei GmbHs/FlexCos eingerichtet, etwa im Start-up-Bereich, aber auch bei Mittelständlern (meist bei Familienunternehmen). Wir kennen aber aus unserer Praxis auch Überlegungen bei in Form von AG geführten Unternehmen. Stellt sich zunächst die Frage: Wenn das Gesetz ein Organ „Beirat“ nicht vorsieht, darf man dann überhaupt einen solchen einrichten? Das lässt sich noch ziemlich klar mit „ja“ beantworten. Es folgt freilich gleich das große „ABER“: Man muss aufpassen, dass man nicht in zwingende Kompetenzverteilungen eingreift.

Praktisch bedeutend ist in aller Regel die Abgrenzung des Beirats zum Aufsichtsrat. Ein solcher ist bei der AG bekanntlich jedenfalls einzurichten, bei GmbH/FlexCo zwingend (wenn überhaupt) regelmäßig erst in einem fortgeschrittenerem Unternehmensstadium und nach Erreichen einer bestimmten Unternehmensgröße. Auch wenn keine Aufsichtsratspflicht besteht, können Gesellschafter der GmbH/FlexCo freiwillig einen Aufsichtsrat einrichten, für den dann aber im Prinzip dieselben Spielregeln gelten, wie für einen verpflichtenden Aufsichtsrat, unter anderem bei Gesellschaften mit Betriebsrat auch die Arbeitnehmermitbestimmung (drittelparitätische Vertretung der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat). Rein beratende Beiräte, wie sie durchaus häufig vorkommen, sind vom Aufsichtsrat noch recht einfach abgegrenzt, stehen neben diesem und ersetzen keineswegs dessen Funktion. Nun versucht die Praxis aber mitunter, etwa (Familien-)Beiräten auch klassische Aufsichtsratskompetenzen zu geben (etwa Zustimmungspflichten bei bestimmten Rechtsgeschäften, welche die Geschäftsführung vornehmen möchte). Wie weit man hier gehen kann und wann man ungewollte Rechtsfolgen riskiert, möchten wir nachfolgend kurz skizzieren.

Völlig unstrittig ist, dass das Einrichten eines Beirats mit denselben Funktionen wie ein Aufsichtsrat unzulässig ist. Bzw viel mehr noch: Der Beirat ist dann in einen Aufsichtsrat umzudeuten, und zwar nach Judikatur auch dann, wenn bei einer Gesellschaft gar keine Pflicht zur Einrichtung eines Aufsichtsrats besteht! Hintergrund ist freilich, dass die Arbeitnehmermitbestimmung im Aufsichtsrat nicht dadurch ausgehebelt werden dürfen soll, dass ich einerseits zwar freiwillig einen Aufsichtsrat einräume, ihn aber „Beirat“ nenne. Was gilt nun aber, wenn der Beirat zwar einige, nicht aber alle Kompetenzen eines Aufsichtsrats hat? Hier bewegen wir uns in einem Graubereich. Laut Rechtsprechung ist der Beirat dann als freiwilliger Aufsichtsrat zu bewerten, wenn er „Kernkompetenzen“ eines Aufsichtsrats ausübt. Klammert man die bei der AG bestehende Kompetenz zur Bestellung von Vorstandsmitgliedern und zum Abschluss von Vorstands-Anstellungsverträgen aus, ist die Überwachung der Geschäftsleitung wohl die Kernkompetenz.

Fasst man Rechtsprechung und Literaturmeinungen zusammen, ergibt sich daraus – bei einem nicht unwesentlichen Graubereich – wohl folgende grobe Leitlinie: Dem Beirat dürfen, ohne ihn zum Aufsichtsrat zu machen, Überwachungsbefugnisse nur für einzelne, sachlich abgegrenzte Bereiche



works

übertragen werden. Bedürfen aber etwa Geschäftsführungsmaßnahmen des § 30j Abs 5 GmbHG bzw § 95 Abs 5 AktG der Zustimmung eines Beirats und ist dieser Informations- und Berichtsadressat der Geschäftsführung, macht ihn dies wohl zu einem Aufsichtsrat.

Was aber nun, wenn Ihr Beirat nach obigen Grundsätzen als Aufsichtsrat einzustufen wäre? Dann gelten für ihn auch all die Vorgaben, die für einen Aufsichtsrat gelten (er ist ja wie gesagt schließlich in einen solchen umzudeuten). Neben der drittelparitätischen Arbeitnehmermitbestimmung (bei Gesellschaften mit Betriebsrat) gibt es hier Vorgaben etwa zur Zusammensetzung des Gremiums, zur fachlichen Eignung der Mitglieder, bezüglich die Teilnahme an und Beschlussfassung in Sitzungen, die Vorbereitung und Durchführung von Sitzungen, die Beschlussfähigkeit des Gremiums, die Wahl des Vorsitzenden, die Eintragung der Mitglieder in das Firmenbuch, die Unvereinbarkeit von Geschäftsführungsamt und Beiratsmitgliedschaft, Sitzungszahl und Sitzungsfrequenz.

Gernot Wilfling / Dominika Szanto



Teamleitung

Mag. Gernot Wilfling

T +43 1 535 8008, E g.wilfling@mplaw.at

Müller Partner Rechtsanwälte GmbH
Rockgasse 6, 1010 Wien
www.mplaw.at