



# Viehböck Breiter Schenk Nau & Linder

Rechtsanwälte GmbH & Co KG

## The “Flexible Company” (FlexCo) - a new company form in Austria

### Die Flexible Kapitalgesellschaft (FlexCo) - neue Gesellschaftsform in Österreich

Dr. Florian Linder, attorney at law, partner at VBSN, member of WILL Worldwide Independent Lawyers League, member of leadership team of WILL DACH

*WILL gathers senior lawyers from every part of the world with decades of experience behind them, with the aim of making the highest level of legal aid accessible and eliminating geographical distances.*



Since January 2024, there has been a new form of company in Austria - the Flexible Company (“FlexKapG”) pursuant to the Flexible Company Act (FlexKapGG). The German term is “Flexible Kapitalgesellschaft”, but the company may also be referred to as a “Flexible Company” or “FlexCo”. The new FlexCo is now the third form of corporation in Austria alongside the existing limited liability companies (GmbH) and stock corporations (AG). In addition, there are still partnerships such as the OG, KG or GesbR, which - in contrast to corporations - are generally associated with personal liability of the partners.

The introduction of the FlexCo was preceded by long-standing reform efforts to make the GmbH more modern and attractive. The resistance to a reform of the GmbH was apparently so great that the legislator decided to leave the GmbH essentially unchanged and introduce the FlexCo in parallel. Only the **minimum share capital** of the GmbH was adjusted to that of the FlexCo and is now **€ 10,000** (instead of € 35,000 previously). At least half of the share capital (for FlexCo and GmbH) must be paid in, so that a

minimum amount of € 5,000 must be paid in upon formation.

The FlexCo is a type of “GmbH plus”: the provisions of the GmbHG apply to it, unless special provisions of the FlexKapGG apply. The FlexCo can therefore utilize all the advantages of the GmbH and the FlexCo, whereas the advantages of a FlexCo cannot be utilized with a GmbH. This means that there is hardly any reason to establish a GmbH, with the exception of the obligation to have a supervisory board, which applies earlier with a FlexCo.

The main innovations and advantages of FlexCo are:

- The FlexCo can be founded for any permitted purpose.
- The minimum share capital is € 10,000 (as is now also the case with the GmbH).
- The company can use the English name “Flexible Company” or “FlexCo” as part of its name.

- The minimum share capital contribution is € 1, the minimum payment on a share capital contribution is  $\frac{1}{4}$ ; the minimum payment on the share capital is € 5,000 in total.
- FlexCo must appoint a **supervisory board** if it is a medium-sized corporation within the meaning of Section 221 (2) and (4) Austrian Business Code (UGB). This is the case if at least two of the following criteria are exceeded:
  - 5 million euros balance sheet total (Bilanzsumme);
  - 10 million euros sales revenue (Umsatzerlöse) in the 12 months prior to the balance sheet date;
  - an annual average of 50 employees.

The obligation to appoint a supervisory board therefore applies earlier than in the case of a GmbH. As with the GmbH, the appointment of a supervisory board implies the appointment of **employee representatives** in accordance with sec. 110 ArbVG.

- The articles of association may provide for **written voting** (circular resolution) without a shareholder being able to object to this type of voting.
- **Voting rights** can be exercised unevenly ("voting rights splitting"). This enables a trust solution in which a trustee holds the shares for several trustors and can vote differently for each trustor.

- "**Enterprise value shares**" ("Unternehmenswert-Anteile"; UWA) can be issued (up to a maximum of 25% of the share capital). This is a shareholding in the company that generally confers a share in profits but no voting rights on resolutions. Among other things, UWAs are intended to facilitate **employee participation**, for which tax advantages are also provided. Enterprise value shareholders are not registered in the commercial register; however, the persons of the enterprise value shareholders can be seen in a list of names ("Namensliste") in the collection of deeds ("Urkundensammlung) of the companies register. The amount of their shareholding must be submitted to the companies register in the form of a list of shares ("Anteilsliste"), but is not published. Only the written form is required for the transfer of UWA. In the event of an "exit" of the founding shareholders, shareholders with an enterprise value have a right of co-sale.

- In general, the **formal requirements** for FlexCo are reduced. As with the GmbH, a notarial deed is still required for formation (the exception of simplified formation only applies to companies with a sole shareholder and with rudimentary articles of association; section 9a GmbHG). There are also formal requirements for an amendment to the articles of association or a capital increase (notarization). **Shares in a FlexCo**, on the other hand, can be transferred by having a **notary or lawyer draw up a document on the**

**transfer.** A (more formal) notarial deed is still required for the transfer of shares in a GmbH.

- A FlexCo can acquire its **own shares** in accordance with the regulations for a stock corporation (AG).
- FlexCo has access to the capital measures of **conditional capital increase** ("bedingte Kapitalerhöhung") and **authorized capital** ("genehmigtes Kapital"), which previously only existed for stock corporations (AGs). This enables FlexCo to issue financing instruments with conversion or subscription rights, such as convertible bonds or share options as part of employee participation models.

It is possible to **convert a GmbH into a FlexCo** and vice versa simply by amending the articles of association.

**VBSN View:** The FlexCo is the "better" GmbH and has almost only advantages compared to the GmbH. In particular, the lack of a notarial deed requirement for the transfer of shares is a convincing argument, as is the greater flexibility in the issue of shares and the possibility of company value shares, which makes employee participation in particular more attractive. FlexCo is also extremely interesting for start-ups, especially as forms of financing such as authorized capital and conditional capital increases are possible. Trust models for participation in a company are also facilitated.

Only the obligation to appoint a supervisory board applies "earlier" if two of the

thresholds of € 5 million in balance sheet total, € 10 million in sales revenue and 50 employees are exceeded. By contrast, the criteria for the mandatory appointment of a supervisory board are less strict for limited liability companies (generally only from 300 employees). For companies that exceed or come close to the thresholds, the advantages of the FlexCo must be weighed against the obligation to appoint a supervisory board (higher bureaucratic effort, control and co-determination rights of the supervisory board including employee representatives).

Overall, the FlexCo is significantly more attractive than the GmbH and enables many flexible structuring options and internationally known mechanisms, such as employee participation or the issue of financing instruments such as convertible bonds, share options or profit participation rights ("Genussrechte").

Seit 1. 1. 2024 gibt es in Österreich eine neue Gesellschaftsform – die Flexible Kapitalgesellschaft (FlexKapG) nach dem Flexible-Kapitalgesellschafts-Gesetz (FlexKapGG). Die Gesellschaft darf auch mit der englischen Bezeichnung „Flexible Company“ oder „FlexCo“ bezeichnet werden. Die neue FlexCo ist neben den bisherigen Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH) und Aktiengesellschaften (AG) nunmehr die dritte Form einer Kapitalgesellschaft in Österreich. Daneben gibt es weiterhin Personengesellschaften wie die OG, KG oder GesbR, die – im Gegensatz zu Kapitalgesellschaften – grundsätzlich mit einer persönlichen Haftung der Gesellschafter verbunden sind.

Der Einführung der FlexCo gingen seit längerem Reformbestrebungen voraus, die GmbH moderner und attraktiver zu gestalten. Die Widerstände gegen eine Reform der GmbH waren offenbar so groß, dass sich der Gesetzgeber entschied, die GmbH im Wesentlichen unverändert zu lassen und parallel die FlexCo einzufügen. Lediglich das **Mindest-Stammkapital** der GmbH wurde an jenes der FlexCo angepasst und beträgt nunmehr **€ 10.000,-** (statt bisher € 35.000). Auf das Stammkapital muss (bei FlexCo und GmbH) mindestens die Hälfte einbezahlt werden, so dass bei Gründung ein Mindestbetrag von € 5.000,- einbezahlt werden muss.

Die FlexCo ist eine Art „GmbH plus“: auf sie sind die Bestimmungen des GmbHG anzuwenden, sofern keine Sonderbestimmungen des FlexKapGG gelten. Mit der FlexCo können daher alle

Vorteile der GmbH und der FlexCo genutzt werden, mit einer GmbH können die Vorteile einer FlexCo hingegen nicht genutzt werden. Es gibt damit kaum einen Grund mehr, eine GmbH zu gründen, mit Ausnahme der bei der FlexCo früher eingreifenden Aufsichtsratspflicht.

Die wesentlichen Neuerungen und Vorteile der FlexCo sind:

- Die FlexCo kann für jeden erlaubten Zweck gegründet werden.
- Das Mindeststammkapital beträgt (wie nun auch bei der GmbH) € 10.000.
- Die Gesellschaft kann die englische Bezeichnung „Flexible Company“ oder „FlexCo“ als Firmenbestandteil führen.
- Die Mindeststammeinlage beträgt € 1, Mindesteinzahlung auf eine Stammeinlage  $\frac{1}{4}$ ; Mindesteinzahlung auf das Stammkapital insgesamt € 5.000.
- Die FlexCo muss schon dann einen **Aufsichtsrat** bestellen, wenn es sich um eine mittelgroße Kapitalgesellschaft iSd § 221 Abs 2 und 4 UGB handelt. Das ist dann der Fall, wenn zumindest zwei der folgenden Kriterien überschritten werden:
  - 5 Millionen Euro Bilanzsumme;
  - 10 Millionen Euro Umsatzerlöse in den 12 Monaten vor dem Abschlussstichtag;
  - im Jahresdurchschnitt 50 Arbeitnehmer.

Die Aufsichtsratspflicht greift daher früher als bei der GmbH. Wie bei der GmbH impliziert die Bestellung eines Aufsichtsrats die Entsendung von **Arbeitnehmervertretern** gemäß § 110 ArbVG.

- Im Gesellschaftsvertrag kann die **schriftliche Abstimmung** (Umlaufbeschluss) vorgesehen werden, ohne dass eine Gesellschafterin dieser Abstimmungsart widersprechen kann.
- **Stimmrechte** können uneinheitlich ausgeübt werden („Stimmrechts-Splitting“). Dies ermöglicht Treuhandlösung, bei der ein Treuhänder die Anteile für mehrere Treugeber hält und für jeden Treugeber anders abstimmen kann.
- Es können sog. „**Unternehmenswert-Anteile**“ (UWA) ausgegeben werden (bis max. 25% des Stammkapitals). Dabei handelt es sich um eine Beteiligung an der Gesellschaft, die idR eine Gewinnbeteiligung, aber kein Stimmrecht bei Beschlüssen verbrieft. UWA sollen unter anderem **Mitarbeiterbeteiligungen** erleichtern, für die auch steuerliche Vorteile vorgesehen sind. Unternehmenswert-Beteiligte sind nicht im Firmenbuch eingetragen; wohl sind aber die Personen der Unternehmenswert-Beteiligten in Form einer Namensliste in der Urkundensammlung zum Firmenbuch ersichtlich. Deren Beteiligungshöhe ist in Form einer Anteilsliste zum Firmenbuch einzureichen, wird aber nicht veröffentlicht. Für die Übertragung von UWA ist nur die Schriftform erforderlich. Für den Fall eines „Exit“ der Gründungsgesellschafter haben Unternehmenswert-Beteiligte ein Mitverkaufsrecht.
- Generell sind die **Formpflichten** bei der FlexCo herabgesetzt. Für die Gründung ist zwar weiterhin – wie bei der GmbH – ein Notariatsakt erforderlich (die Ausnahme einer vereinfachten Gründung gilt nur für Einpersonengesellschaften mit rudimentärem Gesellschaftsvertrag; § 9a GmbHG). Formpflichten bestehen auch bei einer Änderung des Gesellschaftsvertrags oder einer Kapitalerhöhung (notarielle Beurkundung). **Anteile an einer FlexCo** können hingegen dadurch übertragen werden, dass eine **Notarin oder eine Rechtsanwältin eine Urkunde** darüber errichtet. Für die Übertragung von Geschäftsanteilen an einer GmbH ist weiterhin ein Notariatsakt erforderlich.
- Eine FlexCo kann **eigene Anteile** entsprechend der Regelungen bei einer AG erwerben.
- Der FlexCo stehen die Kapitalmaßnahmen der **bedingten Kapitalerhöhung** und des **genehmigten Kapitals** offen, die es bisher nur bei der AG gab. Dies ermöglicht bei der FlexCo die Ausgabe von Finanzierungsinstrumenten mit Umtausch- oder Bezugsrechten wie z.B. Wandelschuldverschreibungen oder Anteilsoptionen im Rahmen von Mitarbeiterbeteiligungsmodellen.

Eine **Umwandlung** einer GmbH in eine FlexCo und umgekehrt ist einfach durch Änderung des Gesellschaftsvertrags möglich.

**VBSN View:** Die FlexCo ist die „bessere“ GmbH und hat im Vergleich zur GmbH fast nur Vorteile. Insbesondere die mangelnde Notariatsaktspflicht für die Anteilsübertragung ist schon ein überzeugendes Argument, ebenso die größere Flexibilität bei der Ausgabe der Geschäftsanteile und die Möglichkeit der Unternehmenswert-Anteile, die insbesondere (aber nicht ausschließlich) Mitarbeiterbeteiligungen attraktiver macht. Gerade auch für Start-Ups ist die FlexCo höchst interessant, zumal Finanzierungsformen wie das genehmigte Kapital und die bedingte Kapitalerhöhung möglich sind. Auch Treuhandmodelle für die Beteiligung an einem Unternehmen werden erleichtert.

Lediglich die Aufsichtsratspflicht gilt „früher“, wenn zwei der Schwellenwerte € 5 Mio. Bilanzsumme, € 10 Mio. Umsatzerlöse und 50 Arbeitnehmer überschritten werden. Bei der GmbH sind die Kriterien für die zwingende Bestellung eines Aufsichtsrats hingegen weniger streng (idR erst ab 300 Arbeitnehmern). Bei Gesellschaften, die die Schwellenwerte überschreiten oder in die Nähe kommen,

sind die Vorteile der FlexCo gegen die Aufsichtsratspflicht abzuwägen (höherer bürokratischer Aufwand, Kontrolle und Mitspracherechte des Aufsichtsrats samt Arbeitnehmervertretern).

Insgesamt ist die FlexCo deutlich attraktiver als die GmbH und ermöglicht viele flexible Gestaltungsmöglichkeiten und Mechanismen, die auch international bekannt sind, wie z.B. Mitarbeiterbeteiligungen oder die Ausgabe von Finanzierungsinstrumenten wie Wandelschuldverschreibungen, Anteilsoptionen oder Genussrechten.