

Beteiligung von Mitarbeitern an der Flexiblen Kapitalgesellschaft

Sweat Equity ohne Dry Income?

CHRISTOPH PAUL LUDVIK UND ZENO GRABMAYR*



Mit dem derzeit als Ministerialentwurf vorliegenden Gesellschaftsrechts-Änderungsgesetz 2023 (GesRÄG 2023)¹⁾ wird durch die Erlassung eines Bundesgesetzes über die Flexible Kapitalgesellschaft oder Flexible Company (Flexible Kapitalgesellschafts-Gesetz – FlexKapGG) unter anderem die neue Gesellschaftsform der Flexiblen Kapitalgesellschaft (FlexKapG oder FlexCo) eingeführt. Dies hat auch steuerliche Anpassungen bei Kapitalbeteiligungen an Start-ups zur Folge, die für Arbeitnehmer vorteilhaft sind. Es wird sich weisen, ob damit sogenanntes *sweat equity* (Schweiß bzw Arbeit für Kapitalbeteiligung) keine Besteuerung von – zunächst ertragslosen – Kapitalbeteiligungen (*dry income* [nicht liquides Einkommen]) auslöst.



1. Einleitung

Mit dem Entwurf des GesRÄG 2023, das am 1. 11. 2023 in Kraft treten soll, will die Bundesregierung einen Punkt aus ihrem Regierungsprogramm für die Jahre 2020 bis 2024 umsetzen.²⁾ So soll eine neue Kapitalgesellschaftsform geschaffen werden, die besonders (aber nicht nur) „für innovative Startups und Gründerinnen in ihrer Frühphase eine international wettbewerbsfähige Option bieten soll.“³⁾ Kernstück des Gesetzesentwurfs ist die Einführung einer neuen Kapitalgesellschaftsform, der sogenannten Flexiblen Kapitalgesellschaft, die sich als Mischform zwischen Aktiengesellschaft und GmbH mit neuartigen Eigenschaften darstellt.

Die Beteiligung von Mitarbeitern⁴⁾ an der Flexiblen Kapitalgesellschaft soll in der Form von Geschäftsanteilen und (für die österreichische Rechtsordnung neuartigen) Unternehmenswertanteilen möglich sein. Vorweg sind zwei Klarstellungen vorzunehmen:

- Unternehmenswertanteile können nicht bloß Mitarbeitern eingeräumt werden, wenngleich sie sich besonders für diese eignen.⁵⁾ Ob das neue gesetzliche Modell den notwendigen Schutz bietet, um den Interessen der Beteiligten Rechnung zu tragen, wurde in den Stellungnahmen zum Ministerialentwurf⁶⁾ bislang kontrovers diskutiert und wird sich in der Praxis noch weisen.
- Die steuerlich vorteilhaften Konsequenzen, wonach Arbeitnehmer ihren entgeltwerten Vorteil (§ 15 Abs 2 Z 1 EStG) der vergünstigten Kapitalbeteiligung nicht mehr im Zu-

*) Dr. Christoph Paul Ludvik, BSc. (WU) und Mag. Zeno Grabmayr, BSc. (WU) sind Rechtsanwälte in Wien. 276/ME 27. GP, online abrufbar unter <https://www.parlament.gv.at/gegenstand/XXVII/ME/276>.

2) Vgl Regierungsprogramm 2020 – 2024, S 25, online abrufbar unter <https://www.bundeskanzleramt.gv.at/dam/jcr:7b9e6755-2115-440c-b2ec-cbf64a931aa8/RegProgramm-lang.pdf>; siehe darüber hinaus zu den wegbereitenden Arbeiten zur Flexiblen Kapitalgesellschaft aus Wissenschaft und Praxis insbesondere Reich-Rohrwig/Kinsky/Kraus, Austrian Limited (2021) 51.

3) Erläuterungen 276/ME 27. GP, 1.

4) Der zentrale Mitarbeiterbegriff wird vom FlexKapGG bewusst weit verstanden. Er umfasst „neben Angestellten und Arbeiterinnen z.B. auch freie Dienstnehmerinnen einer FlexKapG“ (Erläuterungen 276/ME 27. GP, 9). Damit verschiebt der Gesetzesentwurf die klassische Abgrenzungsfrage vom Arbeitnehmerbegriff zum (bislang ungeklärten) Mitarbeiterbegriff. Mitarbeiter kann nach hier vertretener Meinung nur sein, wer in einem Dauerschuldverhältnis zur Flexiblen Kapitalgesellschaft steht. Ausgeschlossen sind Personen in einem Zielschuldverhältnis (zB Werkunternehmer), die nur punktuell für die Flexible Kapitalgesellschaft tätig sind.

5) Vgl § 11 FlexKapGG.

6) Online abrufbar unter <https://www.parlament.gv.at/gegenstand/XXVII/ME/276?selectedStage=101>.

flusszeitpunkt der Besteuerung zu unterwerfen haben,⁷⁾ sondern zu späteren Zeitpunkten (je nach Szenarioeintritt), ist keine Eigenheit der Flexiblen Kapitalgesellschaft, sondern wird im Zuge des Start-Up-Förderungsgesetzes⁸⁾ allgemein durch den neuen § 67a EStG geschaffen (Abschaffen der *Dry-Income*-Problematik). Dem vorangegangen ist eine jahrelange Initiative zur Stärkung des Wirtschaftsstandorts für Start-ups.⁹⁾

An den folgenden Überblick über die neue Kapitalgesellschaftsform schließt die Erörterung der Mitarbeiterbeteiligung (insbesondere im Wege der Ausgabe von Unternehmenswertanteilen) an.

2. Flexible Kapitalgesellschaft

2.1. Einsatz und Zweck einer Flexiblen Kapitalgesellschaft

Die Flexible Kapitalgesellschaft kann für jeden gesetzlich zulässigen Zweck durch eine oder mehrere natürliche oder juristische Personen gegründet werden. Der Einsatz einer Flexiblen Kapitalgesellschaft ist daher nicht auf Start-ups oder Technologieunternehmen beschränkt. Die Nähe zur GmbH ergibt sich daraus, dass auf die Flexible Kapitalgesellschaft subsidiär die Bestimmungen des GmbHG anzuwenden sind, soweit das FlexKapGG keine abweichenden Regelungen trifft.

2.2. Neuerungen und Praxiseinsatz

Durch das GesRÄG 2023 soll das Mindeststammkapital von GmbHs generell auf 10.000 Euro gesenkt werden – eine Maßnahme, die Selbständige und KMU entlasten und Unternehmensgründungen einfacher (gemeint: billiger) machen soll.¹⁰⁾ Bei der Flexiblen Kapitalgesellschaft soll abweichend von § 6 Abs 1 GmbHG die Mindeststammeinlage 1 Euro betragen und es muss in Abweichung von § 10 Abs 1 Satz 1 GmbHG nur mindestens ein Viertel der Stammeinlage einbezahlt sein. Soweit der bar zu leistende Teil einer Stammeinlage weniger als 1 Euro beträgt, ist dieser voll einzuzahlen. Die Flexible Kapitalgesellschaft kann somit mit einer Mindestbareinlage von 2.500 Euro gegründet werden.

2.3. Beschleunigte Aufsichtsratspflicht

Verschärfend zu den Regelungen des GmbHG sieht der Entwurf des FlexKapGG vor, dass Flexible Kapitalgesellschaften verpflichtend einen Aufsichtsrat einzurichten haben, wenn die Gesellschaft zumindest eine mittelgroße Kapitalgesellschaft im Sinne des § 221 Abs 2 und 4 UGB ist. Das bedeutet, bereits Gesellschaften mit einer Bilanzsumme von mehr als 5 Mio Euro, einem Umsatz von mehr als 10 Mio Euro und/oder mehr als 50 Arbeitnehmern¹¹⁾ (zwei von drei Kriterien müssen erfüllt sein) sind aufsichtsratspflichtig. Mit der beschleunigten Aufsichtsratspflicht will der Gesetzgeber scheinbar der Arbeitnehmermitbestimmung schneller zum Durchbruch verhelfen,¹²⁾

⁷⁾ *Geweßler/Steinhart*, Incentivierungsprogramme bei Start-ups, in *Hirschler/Kanduth-Kristen/Zinnöcker*, Einkommensteuer 2019 (SWK-Spezial, März 2019) 162; *Gloser/Kulnigg/Puchner*, Das steuerliche Dilemma bei Start-up-(Mitarbeiter-)Beteiligungsprogrammen – ein möglicher Lösungsansatz? RdW 2020, 709; *Mitterecker*, Der virtuelle Geschäftsanteil, GES 2020, 126 (132); *Kernbichler/Mitschka*, Mitarbeiterbeteiligung in Startups, *ecolex* 2022, 107 (110 f); *Daxkobler/Moldaschl*, Die Besteuerung von Stock Options für Mitarbeiter, RdW 2022, 429.

⁸⁾ 275/ME 27. GP, online abrufbar unter <https://www.parlament.gv.at/gegenstand/XXVII/ME/275>.

⁹⁾ Siehe dazu *Reich-Rohrwig/Kinsky/Kraus*, Austrian Limited, 15 ff.

¹⁰⁾ Erläuterungen 276/ME 27. GP, 2.

¹¹⁾ Anders als bei der GmbH liegt das Kriterium der Arbeitnehmer nicht bei 300, sondern bei 50 Arbeitnehmern im Jahresdurchschnitt.

¹²⁾ Hier geht die Stellungnahme der Bundesarbeiterkammer (23/SN-276/ME 27. GP, S 6 f, online abrufbar unter <https://www.parlament.gv.at/gegenstand/XXVII/SNME/250951>) von der Subsumtion der Flexiblen

weil der Aufsichtsrat gemäß § 110 ArbVG vom Betriebsrat mit zumindest einem Mitglied (Drittelparität) zu besetzen ist.¹³⁾

Bei der Berechnung der 50 Arbeitnehmer kommt es auf deren Kopfzahl (nicht auf Vollzeitäquivalente) an und es zählen auch Arbeitnehmer, die im Ausland beschäftigt sind, dazu.¹⁴⁾ Bei den allenfalls durch die Firmenbuchgerichte zwangsweise zu bestellenden Aufsichtsräten hat dann bei der Ermittlung der Arbeitnehmerzahl der Blick auch auf die im Ausland als Arbeitnehmer beschäftigten Scheinselbständigen zu wandern.¹⁵⁾ Die leichter eintretende Mitbestimmung im Aufsichtsrat könnte den Arbeitnehmern einer Flexiblen Kapitalgesellschaft verstärkten Anreiz und Anlass geben, einen Betriebsrat zu errichten.¹⁶⁾

Diese Verschärfung der Aufsichtsratspflicht gegenüber der GmbH rechtfertigt der Gesetzgeber mit den flexibleren Kapitalbeschaffungs- und Kapitalgestaltungsmaßnahmen der Flexiblen Kapitalgesellschaft, vor allem der Möglichkeit des Erwerbs eigener Aktien und der Einräumung von bedingtem oder genehmigtem Kapital.¹⁷⁾ Der Gedanke scheint jedoch im Hinblick auf die übergeordneten Bestrebungen einer Vereinfachung und Attraktivierung der Gesellschaftsgründung nicht stringent, weil – wie *Reich-Rohrig* bereits anmerkte – die Aufsichtsratspflicht nicht von der Nutzung der relevanten Gestaltungsmöglichkeiten abhängig gemacht wird und die Einrichtung und der Erhalt eines Aufsichtsrats für Start-ups und andere innovative Unternehmen dem vorstehend erwähnten Zweck zuwiderlaufen.¹⁸⁾

2.4. Herabgesetzte Formalanforderungen und Flexibilisierung

Eine Reihe von Maßnahmen soll die Flexible Kapitalgesellschaft gegenüber der GmbH attraktiver und in der Handhabung flexibler machen:

- Eine vereinfachte Gründung gemäß § 9 GmbHG ist explizit möglich (sogenannte Handygründung). Alternativ zum Notariatsakt können Geschäftsanteile und Unternehmenswertanteile¹⁹⁾ an Flexiblen Kapitalgesellschaften auch in Form einer anwaltlichen oder notariellen (Privat-)Urkunde²⁰⁾ abgetreten oder übernommen werden.

Kapitalgesellschaft unter die GmbHs aus, wenngleich sie diese eher als „abgewandelte“ Aktiengesellschaft denn modernisierte GmbH ansieht (23/SN-276/ME 27. GP, S 16); für eine ähnliche Vorgangsweise bei der international-privatrechtlichen Substitution im Zusammenhang mit § 110 ArbVG siehe *Ludvik*, Der internationale Betrieb (2021) 113 und 436.

¹³⁾ *Eckert/Schopper* in *U. Torggler*, GmbHG (2014) § 29 Rz 4 (zum Zweck der Aufsichtsratspflicht und des Kriteriums der Arbeitnehmerzahl). Zur Anwendbarkeit des § 110 ArbVG (siehe *Reich-Rohrig/Kinsky/Kraus*, Austrian Limited, 77 und 185) verweisen diese auf eine (notwendige) Erweiterung des Katalogs in Abs 5 leg cit.

¹⁴⁾ Es gelangt eine betriebsverfassungsrechtliche Zählweise zur Anwendung; vgl *Eckert/Schopper* in *U. Torggler*, GmbHG, § 29 Rz 4.

¹⁵⁾ Diesbezüglich ist eine Prüfung der Arbeitnehmereigenschaft nach österreichischem Recht durchzuführen. Soweit der kollektive Arbeitsschwerpunkt, gemessen an den überwiegenden Arbeitsorten der Arbeitnehmer, in Österreich liegt, gelangt österreichisches Betriebsverfassungsrecht im Betrieb der Flexiblen Kapitalgesellschaft zur Anwendung; vgl *Ludvik*, Internationaler Betrieb, 413 und 436 ff. Gemäß § 1 Abs 1 IPRG richtet sich das Statut der Mitbestimmung nach jenem der Betriebsverfassung; vgl *Ludvik*, Internationaler Betrieb, 230 ff; *derselbe*, DRdA 2018, 114 (115 f).

¹⁶⁾ Daran geknüpft wäre neben den Rechten aus der Betriebsverfassung auch die Möglichkeit, ab 20 Arbeitnehmern einen Sozialplan bei Betriebsänderungen (§ 109 ArbVG) zu erzwingen. Zwar berechtigten bloß Änderungen der Rechtsform oder der Eigentumsverhältnisse am Betrieb noch nicht zum Betreten des Schlichtungswegs, um einen Sozialplan zu erzwingen, sonstige organisatorische Änderungen täten dies allerdings schon. § 109 Abs 3 ArbVG verweist nicht auf § 109 Abs 1 Z 7 ArbVG, sondern nur auf Z 1 bis 6 leg cit.

¹⁷⁾ Erläuterungen 276/ME 27. GP, 3.

¹⁸⁾ *Reich-Rohrig* (Begutachtungsentwurf zur flexiblen Kapitalgesellschaft (FlexCo), *ecolex* 2023, 497 [498]) bezeichnet das als „Poison Pill“.

¹⁹⁾ Siehe Punkt 3.

²⁰⁾ Der Inhalt und weitere Anforderungen einer solchen Urkunde sind bisweilen unklar. Fest steht, dass den Anwalt oder den Notar bei der Errichtung der Urkunde ähnliche Aufklärungs- und Sorgfaltspflichten wie den Notar bei der Errichtung eines Notariatsaktes treffen; vgl § 12 Abs 1 Satz 2 FlexKapGG.

- Für Umlaufbeschlüsse gemäß § 34 Abs 1 GmbHG ist nicht das Einverständnis sämtlicher Gesellschafter erforderlich, sofern dies im Gesellschaftsvertrag der Flexiblen Kapitalgesellschaft vorgesehen ist. Sämtlichen Gesellschaftern muss aber eine Teilnahme an der Beschlussfassung ermöglicht werden. Weiters kann der Gesellschaftsvertrag einer Flexiblen Kapitalgesellschaft vorsehen, dass für die schriftliche Beschlussfassung lediglich die Textform gemäß § 13 Abs 2 AktG ausreicht. Das heißt für die Praxis, dass die schriftliche Beschlussfassung auch mittels einfacher elektronischer Unterschrift (etwa mithilfe von Programmen wie DocuSign oder Adobe Sign) oder per E-Mail möglich ist.
- Gesellschafter können ihre Stimmrechte uneinheitlich ausüben (*split voting*), was für Start-ups übliche Treuhandkonstruktionen begünstigt, weil für jeden Treugeber individuell abgestimmt werden kann und nicht ein Subsyndikat zwecks einheitlicher Stimmabgabe gebildet werden muss.
- Abgehend von § 75 Abs 2 GmbHG können Gesellschafter Geschäftsanteile unterschiedlicher Gattung halten, sie mangels anderslautender gesellschaftsvertraglicher Regelung teilen und darüber getrennt verfügen, um Gesellschaftern einer Flexiblen Kapitalgesellschaft zu ermöglichen, an verschiedenen Finanzierungsrunden durch die Übernahme unterschiedlicher privatautonom ausgestalteter Geschäftsanteile teilzunehmen.²¹⁾

2.5. Kapitalgestaltung

Nach dem Vorbild der aktienrechtlichen Regelungen soll es bei Flexiblen Kapitalgesellschaften bedingte Kapitalerhöhungen und genehmigtes Kapital geben.

Die Regelungen zum bedingten Kapital sind an §§ 159 ff AktG angelehnt, wobei insbesondere auf die Möglichkeit der Einräumung von Anteilsoptionen an Arbeitnehmer, leitende Angestellte sowie Mitglieder der Geschäftsführung bzw des Aufsichtsrats hinzuweisen ist. Anders als im Aktienrecht ist eine Beschränkung des Ausmaßes des bedingten Kapitals bei der Flexiblen Kapitalgesellschaft nicht vorgesehen. Weiters kann im Wege eines Stufenplans die Zeichnung weiterer Anteile in der Zukunft erklärt werden. Die Regelung zielt offenkundig auf typische Mitarbeiterbeteiligungsmodelle ab, bei denen die Beteiligungshöhe zeitlich gestaffelt ist (sogenanntes *vesting*). Die Übernahme weiterer Anteile im Rahmen eines Stufenplans bedarf keines weiteren Notariatsaktes.

Entsprechend der aktienrechtlichen Bestimmungen der §§ 169 ff AktG sollen die Gesellschafter einer Flexiblen Kapitalgesellschaft die Geschäftsführung ermächtigen können, das Stammkapital zu erhöhen. Dies soll Start-ups und anderen innovativen Unternehmen die Möglichkeit geben, Investoren und Mitarbeitern flexibel und sukzessiv Anteile zuzuteilen.²²⁾ Die zeitlichen und betragsmäßigen Grenzen des § 169 AktG bleiben für die Flexible Kapitalgesellschaft unverändert.

Die Ausgabe von sonstigen Finanzierungsinstrumenten, bei denen den Gläubigern ein Umtausch in oder ein Bezug von Gewinn- oder Kapitalanteilen ermöglicht wird, unterliegt der Gesellschafterzustimmung mit einer Dreiviertelmehrheit. Die Geschäftsführung kann zudem für die Dauer von fünf Jahren zur Ausgabe solcher Finanzierungsinstrumente ermächtigt werden.

Um eine Interessenkollision zu verhindern, darf ein Notar oder ein Rechtsanwalt, der in der Sache beteiligt ist, die Urkunde gemäß § 12 FlexKapGG nicht errichten. Die mehrheitliche und wohl richtige Ansicht geht davon aus, dass in der Sache lediglich beratende Anwälte nicht als beteiligt gelten und die Urkunde somit errichten dürfen; siehe auch Stellungnahme von Herbst Kinsky Rechtsanwältinnen, 56/SN-276/ME 27. GP, online abrufbar unter <https://www.parlament.gv.at/gegenstand/XXVII/SNME/251017>.

²¹⁾ Erläuterung 276/ME 27. GP, 11.

²²⁾ Erläuterung 276/ME 27. GP, 13.

Der Gesetzesentwurf zur Flexiblen Kapitalgesellschaft sieht ferner die Möglichkeit des Erwerbs eigener Anteile und Unternehmenswertanteile nach aktienrechtlichem Vorbild vor. Damit wird der Flexiblen Kapitalgesellschaft die Möglichkeit gegeben, ihren Arbeitnehmern unmittelbar Anteile zu gewähren.

3. Unternehmenswertanteile

3.1. Allgemeines

Als Novum sieht das FlexKapGG die Ausgabe sogenannter Unternehmenswertanteile vor. Unternehmenswertanteile stellen einen im Vergleich zu Geschäftsanteilen modifizierten Typus von Anteilen vor, der insbesondere (aber keinesfalls ausschließlich) für Mitarbeiterbeteiligungszwecke geschaffen werden soll.²³⁾ Unternehmenswertanteile dürfen in einem Ausmaß ausgegeben werden, das 25 % des Stammkapitals „nicht erreicht“ (§ 9 Abs 1 FlexKapGG).²⁴⁾ Der geringste Nennbetrag eines Unternehmenswertanteils ist 0,01 Euro. Die Stammeinlage ist sofort in voller Höhe zu leisten. Unternehmenswertanteile haben kein gesetzliches Bezugsrecht. Ein Bezugsrecht kann aber im Gesellschaftsvertrag vorgesehen werden.

3.2. Besonderheiten

Der wesensrelevante Unterschied zwischen Geschäftsanteilen und Unternehmenswertanteilen liegt darin, dass Inhabern von Unternehmenswertanteilen im Allgemeinen kein Stimmrecht zusteht. Sie haben lediglich Anspruch auf ihren Anteil am Bilanzgewinn und Liquidationserlös. Inhaber von Unternehmenswertanteilen können in Bezug auf den Anteil an der Substanz gegenüber den Inhabern von Geschäftsanteilen schlechtergestellt werden, sofern die Schlechterstellung im selben Ausmaß auch von den Gründungsgesellschaftern in Kauf genommen wird. Dies dient in der Praxis der Möglichkeit, Investoren einen finanziellen Anreiz in Form einer sogenannten Liquidationspräferenz (*liquidation preference*) anzubieten. Inhaber von Unternehmenswertanteilen haben Informations- und Einsichtsrechte und können an Generalversammlungen der Gesellschaft teilnehmen. Über schriftliche Abstimmungen sind sie zu informieren. Sie haben allerdings kein Recht auf Anfechtung oder Nichterklärung von Gesellschafterbeschlüssen und verfügen nur über Bezugsrechte (zB bei einer Kapitalerhöhung), sofern dies im Gesellschaftsvertrag vorgesehen ist.

Für die Übernahme und die Übertragung von Unternehmenswertanteilen ist die Schriftform ausreichend. Inhaber von Unternehmenswertanteilen werden nicht individuell im Firmenbuch genannt, es ist aber die Summe der Stammeinlagen sowie der darauf geleisteten Einlagen aller Inhaber von Unternehmenswertanteilen im Firmenbuch einzutragen. Die Identifikation der Unternehmenswertanteilsinhaber erfolgt über ein von der Flexiblen Kapitalgesellschaft zu führendes Anteilsbuch, das dem Aktienbuch des AktG nachempfunden ist. Die Unternehmenswertanteilsinhaber bleiben aber nicht anonym, sondern sind von sämtlichen Geschäftsführern der Flexiblen Kapitalgesellschaft bei erstmaliger Ausgabe von Unternehmenswertanteilen sowie innerhalb von neun Monaten nach dem jeweiligen Bilanzstichtag in eine Namens- und Anteilsliste der Unternehmenswertanteilsinhaber einzutragen und an das Firmenbuch zu übermitteln, wobei (nur) die Namensliste in die Urkundensammlung aufzunehmen ist (§ 9 Abs 8 letzter Satz FlexKapGG).

²³⁾ Erläuterung 276/ME 27. GP, 4.

²⁴⁾ Bei der Festlegung des etwas ungewöhnlich anmutenden Schwellenwerts von unter 25 % hat man auf die geldwäscherechtlichen Sorgfaltspflichten der geplanten EU-Geldwäsche-Verordnung Bedacht genommen, die bereits ab einer Beteiligungshöhe von 25 % ein wirtschaftliches Eigentum annimmt; vgl Erläuterungen 276/ME 27. GP, 5.

3.3. Veräußerungsfälle

Nach § 11 Abs 2 FlexKapGG ist im Gesellschaftsvertrag festzulegen, an wen und zu welchen Konditionen Mitarbeiter ihre Unternehmenswertanteile veräußern können, wenn das Arbeitsverhältnis mit der Gesellschaft beendet wird.

Während bei vertraglichen Substanzbeteiligungen häufig der (schrittweise) Verfall nach fünf bis 10 Jahren ab dem Ausscheiden des Mitarbeiters vorgesehen ist,²⁵⁾ sind bei Kapitalbeteiligungen (so wohl auch an der Flexiblen Kapitalgesellschaft) (Rück-)Kauf- oder Verkaufsoptionen die Regel.²⁶⁾ Die nicht unübliche Vertragsgestaltung, wonach die Mitarbeiter anderen Gesellschaftern (zB Gründern) Optionsrechte im Hinblick auf ihre Geschäftsanteile einräumen (zB für den Fall der Beendigung des Arbeitsverhältnisses), wirft die Frage auf, wie diese auszugestalten sind, insbesondere wie die Parteien zu einem angemessenen Kaufpreis gelangen. Diese Frage lässt § 11 Abs 2 FlexKapGG unbeantwortet, sodass keine Vorgaben oder Bewertungsmechanismen bestehen, was zulasten rechtssuchender Mitarbeiter geht, da der Gesetzesentwurf keine (ausgewogene) Lösung vorsieht. Eine Rückkaufverpflichtung der Flexiblen Kapitalgesellschaft oder bestimmter Gesellschafter (zB Gründer) im Falle der Beendigung des Arbeitsverhältnisses (zB bei Jobwechsel) ist gesetzlich nicht vorgesehen.²⁷⁾ Beim gegen den Mitarbeiter gerichteten begünstigten Rückkaufsrecht sind vor allem aus Sicht der Mitarbeiter die Regelungen zur Verkürzung über die Hälfte (*laesio enormis*)²⁸⁾ und die Sittenwidrigkeitskautele (zB Drucktheorie) zu beachten.²⁹⁾ Soweit Unternehmenswertanteile unentgeltlich oder im Rahmen einer gemischten Schenkung übertragen werden, was im Arbeitsverhältnis – wie unter Punkt 5.4. ausgeführt – zu hinterfragen ist, sind die Regelungen über die *laesio enormis* nicht anzuwenden (§ 935 ABGB).³⁰⁾

Unternehmenswertanteilsinhaber genießen hingegen ein gesetzliches Mitverkaufsrecht (*tag-along right*), das bei mehrheitlichem Verkauf der Geschäftsanteile der Gründungsgesellschafter³¹⁾ ausgelöst wird. Der Gesellschaftsvertrag kann weitere Mitverkaufsfälle regeln. Von Neuheitswert ist die mehrfach kritisierte Durchschnittsbildung für den mitverkauften Unternehmenswertanteil,³²⁾ weil in den Durchschnitt auch Preise für Verkäufe einzubeziehen sein sollen, deren Zeitpunkt vor der Ausgabe der Unternehmenswertanteile lag. Damit sind auch Zeiträume preisrelevant, in denen die Unternehmenswertbeteiligten noch keine Gesellschafter waren.

²⁵⁾ Zum unzulässigen Verfall bei Aktienoptionen siehe A. Assadi, Über die Zulässigkeit von Verfallsklauseln in Aktienoptionsprogrammen (Teil II), *ecolex* 2020, 538 (539).

²⁶⁾ Vgl Feilmair/Andréewitch-Wallner, Inhaltliche Ausgestaltung von virtuellen Mitarbeiterbeteiligungsprogrammen in der Praxis, *RdW* 2022, 677 (680).

²⁷⁾ Eine solche wird in ihren Stellungnahmen von der Bundesarbeiterkammer (23/SN-276/ME 27. GP, S 4) oder vom ÖGB (51/SN-276/ME 27. GP, S 4, online abrufbar unter <https://www.parlament.gv.at/gegenstand/XXVII/SNME/251003>) gefordert und von Potyka (GesRÄG 2023: Flexible Kapitalgesellschaft und 10.000 Euro-GmbH, *RWZ* 2023, 180 [181]) interessanterweise als Charakteristikum des Unternehmenswertanteils erwähnt.

²⁸⁾ Siehe dazu auch Gloser/Kulnigg/Puchner, *RdW* 2020, 713; beachte aber jüngst OGH 28. 3. 2023, 4 Ob 217/21x, wonach bei der Prüfung der *laesio enormis* das Äquivalenzverhältnis zwischen Optionsentgelt und dem Hauptvertrag im Einräumungszeitpunkt beim Optionsvertrag zu prüfen ist, soweit ein Optionsentgelt vereinbart wurde. Auch der Zeitpunkt der Einräumung der Option ist für die Verjährung relevant. Nach Maximilian Eder (Laesio enormis beim Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen, *ÖJZ* 2023, 211 [214 ff]) ist die *laesio enormis* nicht auf gesellschafts- oder syndikatsvertragliche Aufgriffsrechte, wohl aber auf den Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen anzuwenden.

²⁹⁾ Siehe Punkt 4.2.3. Als Richtschnur für die Untergrenze dient die Hälfte des angemessenen Entgelts; so Risak, Einseitige Entgeltgestaltung im Arbeitsrecht (2008) 246. Allerdings lässt hier der OGH einen weiten Spielraum zu; vgl RIS-Justiz RS0016702; OGH 7. 2. 1978, 4 Ob 139/77, *EvBi* 1978/98.

³⁰⁾ OGH 18. 10. 2001, 6 Ob 175/01f.

³¹⁾ Die Gründungsgesellschafter sind im Gesellschaftsvertrag zu bestimmen. Es handelt sich dabei um die Gesellschafter, die im Zeitpunkt der Einräumung der Unternehmenswertanteile über eine Mehrheit der Geschäftsanteile verfügen.

³²⁾ ZB Stellungnahme der Kammer der Steuerberater:innen und Wirtschaftsprüfer:innen, 52/SN-276/ME 27. GP, S 4, online abrufbar unter <https://www.parlament.gv.at/gegenstand/XXVII/SNME/251008>.

Beteiligung von Mitarbeitern an der Flexiblen Kapitalgesellschaft

Die Ausgabe von Unternehmenswertanteilen an Mitarbeiter ist ferner mit Aufklärungspflichten³³⁾ verbunden.

3.4. Übersicht über Wesensmerkmale

In der Folge werden die Hauptmerkmale der Unternehmenswertanteile im Vergleich zu Gesellschaftsanteilen und vertraglichen Substanzbeteiligungen (virtuellen Mitarbeiterbeteiligungen) tabellarisch dargestellt:

Unterscheidungsmerkmal	Unternehmenswertanteil	Geschäftsanteil	Vertragliche Substanzbeteiligung
Rechtsgrundlage	Gesetz bzw Gesellschaftsvertrag	Gesetz bzw Gesellschaftsvertrag	Rechtsgeschäft
Stellung	Gesellschafter	Gesellschafter	Vertragspartner
Beteiligung	Stammkapital	Stammkapital	Substanz
Umfang am Stammkapital	Weniger als 25 %	Bis 100 %	–
Mindestnennbetrag	0,01 Euro	1 Euro	Frei definierbar
Stimmrecht	Nein	Ja	Nein
Dividende	Ja	Ja	Nein
Verwässerungsschutz	Nein (außer im Gesellschaftsvertrag vorgesehen)	Ja	Nein
Vesting	Ja	Nein ³⁴⁾	Ja
Einlagepflicht	Ja	Ja	Nein
Gesetzliche Informations-, Einsichts- und Kontrollrechte	Ja (begrenzt)	Ja	Nein
Gesetzliches Mitverkaufsrecht	Ja	Nein	Nein
Liquidationspräferenz	Möglich	Möglich	Möglich
Publizität	Eingeschränkt	Ja	Nein
Ausfallhaftung bzw Nachschusspflicht	Nein	Ja	Nein
Umwandlung in Geschäftsanteile	Ja	–	Nein
Formerfordernisse	Schriftlichkeit	Notariatsakt bzw Urkunde	Keine
Arbeitnehmerbesteuerung	§ 67 oder § 67a EStG	§ 67 oder § 67a EStG	§ 67 EStG

³³⁾ Siehe Punkt 4.3.

³⁴⁾ Eine Art umgekehrte Anwachsung (*reverse vesting*) ist denkbar, wonach mit Optionsrechten, gegebenenfalls gepaart mit einer negativen Liquidationspräferenz, eine laufende Anwachsung wirtschaftlich nachvollzogen wird, der Mitarbeiter aber bereits zu Beginn (wirtschaftlich) Verfügungsberechtigter der Anteile wird.

4. Arbeitsrechtliche Aspekte

4.1. Kapitalbeteiligung statt vertraglicher Substanzbeteiligungen

Bislang behelfen sich Start-ups – soweit nicht auch Geschäftsanteile eingeräumt wurden – mit schuldrechtlichen Vereinbarungen, um Mitarbeiter am Erfolg ihres Arbeitgebers zu beteiligen.³⁵⁾ Diese von zumeist der Arbeitgebergesellschaft oder ihrer Konzernmutter eingerichteten Programme versuchten, die Rechtspositionen von Gesellschaftern (teilweise) nachzubilden und Mitarbeiter so am Unternehmerwagnis und -erfolg teilhaben zu lassen.³⁶⁾ Im Rahmen dieser Vereinbarungen wurden den Mitarbeitern entweder virtuelle Gesellschaftsanteile (*phantom* bzw. *virtual stocks*) und/oder virtuellen Optionen (*virtual stock options*) eingeräumt, die als vertragliche Substanzbeteiligungen den Mitarbeitern einen weiteren Entgeltanspruch vermitteln.

Nun wird Arbeitgebern in Form von Flexiblen Kapitalgesellschaften mit dem Unternehmenswertanteil eine vorteilhafte Möglichkeit an die Hand gegeben, ihre Mitarbeiter am Kapital zu beteiligen. Es handelt sich dabei um eine modifizierte Beteiligungsform, die mit eingeschränkten Dispositions- und Teilhabemöglichkeiten einhergeht,³⁷⁾ im Vergleich zum Arbeitsentgelt jedoch steuerbegünstigt sein kann bzw. soll.³⁸⁾

4.2. Arbeitsrechtliche Grundsätze im Zusammenhang mit der Unternehmenswertanteilszuteilung

4.2.1. Vorbemerkung

Die im Rahmen des Arbeitsrechts entwickelten und dort verankerten Rechte werden durch die Reformbemühungen nicht verändert.³⁹⁾ Damit bleibt aus arbeitsrechtlicher Perspektive – kurz gefasst – alles beim Alten, wenn Vergütungsfragen des Arbeitsverhältnisses auf vom Arbeitgeber oder über Veranlassung des Arbeitgebers verschaffte Kapitalbeteiligung treffen. Im Fokus des arbeitsrechtlichen Schutzes stehen insbesondere Fragen des (schrittweisen) Erwerbs oder Verlustes von derartigen Anwartschafts- oder Vollrechten. Diesbezüglich dürfen folgende arbeitsrechtliche Grundsätze in Erinnerung gerufen werden, die auch in Zusammenschau mit den Regelungen zu Unternehmenswertanteilen zu beachten sind:

4.2.2. Diskriminierungsverbot und Gleichbehandlungsgrundsatz

Verbotene Diskriminierungen (zB nach dem GlBG oder § 19d Abs 6 AZG in Bezug auf Teilzeitbeschäftigte) sind bei der Zuteilung von Kapitalbeteiligungen (zB Unternehmenswertanteile) grundsätzlich unzulässig. Soweit solche überhaupt zulässig sind, sind die Rechtfertigungen kritisch zu prüfen.

Die Möglichkeit zur Kapitalbeteiligung darf seitens der Arbeitgebergesellschaft (Flexible Kapitalgesellschaft) nur nach Maßgabe sachlicher Kriterien an einzelne Arbeitnehmer oder Arbeitnehmergruppen vergeben werden.⁴⁰⁾ Das gilt umso mehr, wenn die Anteile aus steuerrechtlichen Gründen „*unentgeltlich*“⁴¹⁾ übertragen werden. Werden Unterneh-

³⁵⁾ *Kernbichler/Mitschka*, *ecolex* 2022, 107; *Mitterecker*, *GES* 2020, 127 (mit einer Übersicht zu den Beteiligungsformen von Mitarbeitern).

³⁶⁾ Vgl. *Feilmair/Andréewitch-Wallner*, *RdW* 2022, 677.

³⁷⁾ Darüber hinaus ist es möglich, weitere Geschäftsanteilsklassen im Gesellschaftsvertrag zu schaffen. Es ist nicht möglich, dabei das Stimmrechte dieser Geschäftsanteile gänzlich auszuschließen; vgl. Erläuterungen 276/ME 27. GP, 4.

³⁸⁾ Siehe Punkt 5.

³⁹⁾ Damit sind auch die für Mitarbeiter (zB arbeitnehmerähnliche freie Dienstnehmer) aus dem Arbeitsrecht analog zu übertragenen Rechte weiterhin uneingeschränkt zu berücksichtigen.

⁴⁰⁾ Das ergibt sich aus der Fürsorgepflicht (§ 18 AngG) sowie nochmals aus den steuerrechtlichen Vorgaben (§ 67a Abs 1 Z 2 EStG).

⁴¹⁾ Gemeint ist ohne Aufgeld (Agio). Punktuell stehen Kapitalbeteiligungen nur bestimmten Gruppen von Beschäftigten zu, nämlich Arbeitnehmern und Organwaltern, nicht aber allgemein Mitarbeitern. Das be-

menswertanteile nicht von der Flexiblen Kapitalgesellschaft,⁴²⁾ sondern etwa Dritten (zB Gründer oder Konzerngesellschaft) eingeräumt, sind diese nicht an den Gleichbehandlungsgrundsatz⁴³⁾ gebunden, es sei denn, die Unternehmenswertanteile werden letztlich für die Arbeitgebergesellschaft gewährt. Dies ist anzunehmen, wenn eine Verbindung zwischen der Anteilsgewährung und der Arbeitspflicht des Arbeitnehmers besteht.⁴⁴⁾

4.2.3. Aliquotierungsgebot, Wartezeit und Stichtagsprinzip

Bei der Frage der Strukturierung der Arbeitnehmervergütung durch eine wirtschaftliche oder echte Beteiligung ist zunächst bei Angestellten⁴⁵⁾ das Aliquotierungsgebot zu beachten. Zumeist werden Beteiligungen, welcher Form auch immer, Arbeitnehmern vertraglich so eingeräumt, dass ihnen diese (zumindest wirtschaftlich) erst nach einer gewissen Zeit vollständig anwachsen (*vesting*). Dies dient der Steigerung der Betriebstreue und Arbeitsmotivation, sodass Arbeitgeber *in praxi* gerne danach unterscheiden und disponieren, wie das Beschäftigungsverhältnis geendet hat. Mit der Rechtsprechung des OGH muss man davon ausgehen, dass allen Vereinbarungen zum Trotz der überaliquote Entfall einer Vergütung, sei es in der Form eines Unternehmenswertanteils, nicht vom Vorliegen eines *Good-leaver-* oder *Bad-leaver-Events*⁴⁶⁾ abhängig gemacht werden kann.⁴⁷⁾ Der Einschränkung des Rechts am Unternehmenswertanteil im Zusammenhang mit der Beendigung sind damit Grenzen gesetzt – dies unabhängig von der Form der Beendigung.⁴⁸⁾

Wartezeiten für die Anspruchseinräumung werden grundsätzlich als zulässig erachtet,⁴⁹⁾ soweit die Beziehung zwischen Leistungsgewährung und arbeitgeberseitiger Verhaltenssteuerung durch Schaffung einer Leistungserwartung angemessen und verhältnismäßig ist.⁵⁰⁾ Dagegen sind Stichtagsregelungen,⁵¹⁾ die die Leistungsgewährung von der (ungekündigten) Beschäftigung an einem bestimmten Tag abhängig machen und so die Kündigungsfreiheit der Arbeitnehmer einschränken, unzulässig. Im Unterschied zu Stichtagsregelungen entstehen bei Wartezeitenregelungen Ansprüche nicht nachträglich und/oder rückwirkend.⁵²⁾ Wenn daher am ersten Tag der Wartezeit, häufig als „*vesting cliff*“ bezeichnet, erstmals und für die Periode der Wartezeit periodenge-

trifft insbesondere die in § 19 FlexKapGG geregelten Möglichkeiten, die §§ 159 bis 168 AktG nachempfunden wurden.

⁴²⁾ Die Flexible Kapitalgesellschaft darf eigene Anteile zu diesem Zweck halten.

⁴³⁾ F. Bydlinski, Zum arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz, DRdA 1962, 53; Binder, Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz, DRdA 1983, 156; Marhold in Auer-Mayer/Burgstaller/Preyer, AngG, § 18 Rz 91 ff; RIS-Justiz RS0060204; RS0016815; RS0016817.

⁴⁴⁾ Junker, Klagen aus Aktienoptionsplänen – Gerichtsstand und anzuwendendes Recht, EuZA 2016, 281; Martiny in Säcker/Rixecker/Oetker/Limperf, Münchener Kommentar zum BGB XIII⁸ (2021) Art 8 der Rom I-VO Rz 112. Zivilrechtlich sind dann beispielsweise eine Erfüllungsübernahme (§ 1404 ABGB) sowie eine diesbezügliche Vereinbarung im Hintergrund denkbar.

⁴⁵⁾ § 16 AngG gilt nach jüngster Rechtsprechung nicht analog für Arbeiter und damit wohl auch nicht für freie Dienstnehmer; vgl Rauch, Entfall von Sonderzahlungen nach Arbeiter-Kollektivverträgen ist zulässig, ASoK 2022, 208; kritisch dazu Pfalz, Rechtsprobleme langfristiger Vergütungszusagen, ZAS 2022, 280 (286 f).

⁴⁶⁾ Als (vertraglich zu definierende) *Bad-leaver-Events* werden Beendigungsweisen hinsichtlich des Arbeitsverhältnisses verstanden, bei denen den Arbeitnehmer zumindest ein Verschulden an der Beendigung trifft. *Good-leaver-Events* sind dann jene Beendigungsweisen, die kein *Bad-leaver-Event* sind.

⁴⁷⁾ Vgl OGH 26. 11. 2013, 9 ObA 82/13v; Pfalz, ZAS 2022, 283 und 286, der die mangelnde analoge Übertragung auf Arbeiter kritisiert; A. Assadi, *ecolex* 2020, 539 (zu Aktienoptionen [auch vor Ablauf der Wartefrist]).

⁴⁸⁾ Vgl Pfalz, ZAS 2022, 286.

⁴⁹⁾ Mitterecker, GES 2020, 130 f; Kernbichler/Mitschka, *ecolex* 2022, 110 f.

⁵⁰⁾ Diesbezüglich kommt es zu einer Prüfung im Rahmen des § 879 ABGB; zur Wartefrist bei Aktienoptionen A. Assadi, Über die Zulässigkeit von Verfallsklauseln in Aktienoptionsprogrammen (Teil I), *ecolex* 2020, 427; derselbe, *ecolex* 2020, 538 ff.

⁵¹⁾ Siehe Marhold/Auer-Mayer in Auer-Mayer/Burgstaller/Preyer, AngG, § 16 Rz 51 ff.

⁵²⁾ Marhold/Auer-Mayer in Auer-Mayer/Burgstaller/Preyer, AngG, § 16 Rz 56.

recht Anteile eingeräumt werden,⁵³⁾ handelt es sich letztlich um eine Gegenleistung für eine Arbeitsleistung in der Vergangenheit, sodass bei nicht zeitanteiliger Gewährung ein Verstoß gegen § 16 AngG vorläge und/oder die Kündigungsfreiheit des Arbeitnehmers unverhältnismäßig beschränkt würde.⁵⁴⁾

4.2.4. Kollektivvertragliches Entgelt

Mit wenigen Ausnahmen dürfen auf das kollektivvertraglich geschuldete (Mindest-)Entgelt keine Sachleistungen angerechnet werden (sogenanntes Barzahlungsgebot).⁵⁵⁾ Die Vergütung durch Kapitalbeteiligungen (zB Unternehmenswertanteile) darf die kollektivvertragliche Entgeltleistung somit nicht ersetzen, sondern dazu bloß hinzutreten.⁵⁶⁾

Sollte tatsächlich kein Kollektivvertrag anzuwenden sein (und nicht bloß ein Fall von § 2 Abs 13 GewO 1994 vorliegen), besteht die Möglichkeit, Entgeltvereinbarungen zu treffen, die wesentliche Entgeltbestandteile in der Form von Unternehmenswertanteilen gewähren (*sweat equity*). In diesem Fall erfolgt jedoch die Abgabe der Kapitalbeteiligung nicht unentgeltlich, sodass die steuer- und sozialversicherungsrechtliche Begünstigung wegfällt.⁵⁷⁾

Die arbeitnehmerseitig geäußerte Befürchtung, dass wenig vertrauenswürdige Arbeitgeber überkollektivvertragliches Entgelt fortan durch Unternehmenswertanteile ersetzen, dürfte sich beim aktuellen Arbeitsmarkt (Stichwort: Fachkräftemangel) in Grenzen halten. Zudem ist fraglich, wann überhaupt eine unentgeltliche, aus der sozialversicherungsrechtlichen Beitragsgrundlage zunächst herauszurechnende Kapitalbeteiligung gewährt wird. Darüber hinaus hätten es die Arbeitnehmer bzw deren Vertreter in der Hand, auf diesen Umstand durch Abschluss entsprechender Kollektivverträge einzuwirken. Nicht außer Acht gelassen werden darf, dass die Vergütung durch Kapitalbeteiligungen jenen Entgeltbereich betrifft, der normativ eben nicht zwingend festgelegt ist, sondern den Parteien zur Disposition steht.

4.2.5. Entgeltfortzahlung

Während Erlöse aus vertraglichen Substanzbeteiligungen unter den weiten Entgeltbegriff des Arbeitsrechts fallen und damit die Erträge in die Bemessungsgrundlage für Entgeltfortzahlungs- und Beendigungsansprüche fallen, ist dies für Beteiligung in der Form von Unternehmenswertanteilen oder Geschäftsanteilen gemäß § 2a AVRAG explizit nicht der Fall.

4.3. Besondere Belehrungs- bzw Informationspflichten im Zusammenhang mit Unternehmenswertanteilen

4.3.1. Vorbemerkung

Mitarbeiter sind gemäß § 11 FlexKapGG zumindest zwei Wochen vor Zeichnung oder Übernahme der Unternehmenswertanteile über die Natur der Unternehmenswertanteile und die wesentlichen Punkte des Gesellschaftsvertrages in rechtlicher und wirtschaft-

⁵³⁾ Als Beispiel: 12/48 Anteile eines Vollrechts wachsen nach Ablauf der Wartefrist von 12 Monaten an, wobei nach 48 Monaten das Vollrecht vollständig angewachsen ist und mit Ablauf der Wartefrist jeweils ein weiteres 48-stel je Monat anwächst.

⁵⁴⁾ Siehe dazu *Marhold/Auer-Mayer in Auer-Mayer/Burgstaller/Preyer*, AngG, § 16 Rz 56, die auf den Regelungszweck und weniger das Formulierungsgeschick abstellen wollen. Was allerdings zulässig sein müsste, ist der Anspruchserwerb nach Ablauf der Wartezeit (nicht für die Vergangenheit) oder der Anspruchserwerb ab Auslaufen der Wartefrist.

⁵⁵⁾ RIS-Justiz RS0130286; OGH 27. 8. 2015, 9 ObA 92/15t, EvBl 2016/36 (*Rohrer* und kritisch *Ludvik*). Eine Anrechnung ist nur zulässig, wenn dies der Kollektivvertrag selbst vorsieht und der geldwerte Vorteile zusätzlich die sozialpolitische Zweckbestimmung der Existenzsicherung erfüllt.

⁵⁶⁾ Dies kann nicht nur zu einer strafbaren Unterentlohnung (§ 29 LSD-BG) führen, wenn nicht der Kollektivvertrag eine Anrechnung der Sachbezüge vorsieht (§ 13 Abs 5 letzter Satz LSD-BG), sondern auch die Unwirksamkeit der Entgeltvereinbarung nach sich ziehen.

⁵⁷⁾ Siehe Punkt 5.

licher Hinsicht zu belehren.⁵⁸⁾ Dazu ist den Mitarbeitern die Information in nachvollziehbar gestalteter Weise auszuhändigen.⁵⁹⁾

4.3.2. Maßstab und Umfang

Aus arbeitsrechtlicher Sicht ist eine Verpflichtung nicht neuartig, sondern ergibt sich bereits aus der Fürsorgepflicht⁶⁰⁾ und diese weiter ausgestaltenden Vorgaben.⁶¹⁾ Wenn es darum geht, den Umfang und die Qualität der Informationen festzulegen, die den Mitarbeitern zur Verfügung gestellt werden sollten, sind die Dokumente und Informationen, die nicht beim Unternehmen beschäftigte (prospektive) Gesellschafter erhalten, eine gute Richtschnur. In den überwiegenden Fällen ist davon auszugehen, dass die Mitarbeiter im Vergleich zu Dritten, die nicht für die Flexible Kapitalgesellschaft arbeiten, über ein weitergehendes Wissen bezüglich der wirtschaftlichen Verhältnisse der Flexiblen Kapitalgesellschaft verfügen.

Was die rechtlichen Rahmenbedingungen angeht, dürfte das Wissen dagegen zumeist hinter jenem zurückbleiben, das Investoren aufweisen, die in nicht publikumsoffene Beteiligungen investieren. Ein Blick nach Deutschland zeigt, dass Arbeitgeber in vergleichbaren Situationen einer erhöhten Offenlegungs- und Aufklärungspflicht unterliegen,⁶²⁾ sodass alle Umstände offenzulegen sind, die im Rahmen der zugestandenen Beteiligung Risikofaktoren sein können.

Der Maßstab für die Bestimmung des Umfangs und der Qualität der bereitzustellenden Informationen (Aufklärung) ist der durchschnittliche Wissensstand eines österreichischen Arbeitnehmers. Soweit erkennbar oder voraussehbar davon abgewichen wird, ist dies aus praktischen Erwägungen entsprechend zu begründen, zu dokumentieren und zu berücksichtigen. Je verantwortungsvoller also die Position des Mitarbeiters ist, desto weniger Informationsbedürfnis ist anzunehmen.

Auch individuelle oder ausdrücklich geäußerte Informationsbedürfnisse der Mitarbeiter sind (in angemessenem Rahmen) zu berücksichtigen.⁶³⁾ Im Zweifelsfall ist eine (zusätzliche) mündliche Aufklärung angebracht.

4.3.3. Inhalt der Informationspflichten

Die Informationserteilung hat vollständig, richtig, rechtzeitig und verständlich zu erfolgen, sodass der Mitarbeiter in den Stand versetzt wird, die Auswirkungen seiner Beteiligungsentscheidungen zu erkennen.⁶⁴⁾ Im Hinblick auf die mögliche Aufklärung der Arbeitnehmer sollte über folgende Punkte aufgeklärt werden:⁶⁵⁾

- die konkreten mit der Übernahme oder dem Erwerb der Anteile erworbenen Rechte und Verpflichtungen:
 - wann und wie die Anteilsrechte erworben (zB *Vesting*-Bestimmungen) oder veräußert werden können (zB Dispositionsmöglichkeit bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses);

⁵⁸⁾ Erläuterungen 276/ME 27. GP, 9. Eine derartige Bestimmung für Geschäftsanteile ist nicht vorgesehen.

⁵⁹⁾ Vgl dazu die Rechtsprechung zur Informationspflicht für Anlageberater bzw -vermittler in RIS-Justiz RS0108073.

⁶⁰⁾ *Mitterecker*, GES 2020, 132.

⁶¹⁾ So ist – allen voran auch durch die umzusetzende Richtlinie (EU) 2019/1152 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. 6. 2019 über transparente und vorhersehbare Arbeitsbedingungen in der Europäischen Union, ABI L 186 vom 11. 7. 2019, S 105 – über wesentliche Arbeitsbedingungen zu informieren. Dieses Kriterium ist erfüllt, wenn der Arbeitnehmer die Arbeitsbedingung kennen muss, um seine Rechte geltend zu machen, und seine Unkenntnis zu erheblichen Nachteilen führen kann; siehe *Schöffmann*, Die neue Transparenzrichtlinie, ZAS 2019, 244 (248).

⁶²⁾ Bundesarbeitsgericht 4. 10. 2005, 9 AZR 598/04, BAGE 116, 104.

⁶³⁾ OGH 18. 12. 1956, 4 Ob 148/55, Arb 6571.

⁶⁴⁾ Vgl dazu OGH 20. 4. 2005, 7 Ob 64/04v.

⁶⁵⁾ Siehe dazu auch Erläuterungen 276/ME 27. GP, 9.

- inwieweit sich die Rechte im Vergleich zu sonstigen Anteilsinhabern unterscheiden (Positions- und Umfeldbestimmung);
- Risikofaktoren⁶⁶⁾
 - in Bezug auf das Unternehmen (zB drohende oder bereits bestehende Überschuldung),
 - Risiken im Zusammenhang mit der Beteiligungsform (zB Haftungsfragen) und
 - besondere Folgen, die sich aus der Beteiligung (zB Rückkaufkonstellationen oder etwaige Rückforderungsbestimmungen) ergeben;
- die steuer- und sozialversicherungsrechtlichen Rahmenbedingungen;
- etwaige Kosten im Zusammenhang mit der Einräumung und dem Halten eines Anteils.

4.3.4. Verletzung der Aufklärungspflichten

Was die Folgen einer unterlassenen oder mangelhaften Belehrung anbelangt, gelten die allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätze (von Irrtumsanfetzungen bis hin zum Schadenersatz). Bei einer fehlerhaften Aufklärung ist davon auszugehen, dass der (reale) Schaden des Mitarbeiters bereits durch den Erwerb der nicht gewünschten Vermögenswerte (zB Unternehmenswertanteile) eintritt. Fraglich ist dann, wie der Anspruch auf Naturalersatz in der Form, dass ihm Zug um Zug gegen Übertragung der Kapitalbeteiligung der zu deren Erwerb gezahlte Kaufpreis abzüglich erhaltener Ausschüttungen zurückzuzahlen (Ankaufsfall) bzw der entgangene Verkaufserlös zu ersetzen ist (Verkaufsfall), aussieht.⁶⁷⁾ Im letzten Fall, der etwa bei mangelndem Erfolg oder einer Insolvenz schlagend werden kann, wird sich weisen, wie die vom Mitarbeiter für den Erwerb einer Kapitalbeteiligung eingebrachte Arbeitsleistung (*sweat equity*) bemessen wird.

4.4. Umgründung und Umstellung der Beteiligungsform

Es ist damit zu rechnen, dass infolge des Besteuerungsaufschubs und der Steuerbegünstigung, die mit der Einräumung echter Anteile einhergeht, der Druck auf Arbeitgeber im Start-up-Bereich wachsen wird, das Rechtskleid ihrer Mitarbeiterbeteiligungsprogramme und so auch gegebenenfalls ihr eigenes zu wechseln. Dies wirft die Frage auf, inwieweit virtuelle in echte Geschäftsanteile oder Unternehmenswertanteile überführt werden können. Zu beachten ist dabei, dass ein Entgeltverzicht im Gegenzug für die Einräumung eines Unternehmenswertanteils nicht nur für die Steuerbegünstigung des § 67a EStG schädlich wäre, sondern auch vor der Drucktheorie⁶⁸⁾ wenig bestandsfest erscheint.

5. Steuerliche Begleitregelung

5.1. Allgemeines

Mit dem neuen § 67a EStG erfahren ganz generell bestimmte Kapitalbeteiligungen eine steuerliche Sonderbehandlung, nicht bloß solche in einer Flexiblen Kapitalgesellschaft.⁶⁹⁾ Diese besteht vornehmlich in einem Besteuerungsaufschub sowie einer Steuerbegüns-

⁶⁶⁾ Bloß allgemein gehaltene Risikohinweise (auch ein solcher über die Gefahr des Totalverlustes) werden bei einem in derartigen Transaktionen unerfahrenen Mitarbeiter nicht ausreichend sein; vgl OGH 20. 4. 2005, 7 Ob 64/04v (zu Anlagevermittlern).

⁶⁷⁾ Vgl RIS-Justiz RS0129706.

⁶⁸⁾ Siehe *Holzer/Vinzenz* in *Auer-Mayer/Burgstaller/Preyer*, AngG, § 40 Rz 37.

⁶⁹⁾ Zu den steuerlichen Auswirkungen siehe *A. Wild*, Start-Up-Mitarbeiterbeteiligung und Mindestkörperschaftsteuer: Die steuerlichen Maßnahmen des Start-Up-Förderungsgesetzes, RWZ 2023, 175 (mit detaillierten Ausführungen).

tigung. Grundvoraussetzungen sind insbesondere das Vorliegen einer sogenannten Start-up-Mitarbeiterbeteiligung⁷⁰⁾ und die Ausgabe an Arbeitnehmer entsprechend dem Gleichbehandlungsgrundsatz (§ 67a Abs 2 EStG).⁷¹⁾

5.2. Steueraufschub

Infolge des Steueraufschubs kommt es (erst)⁷²⁾ bei der Veräußerung der Anteile durch den Arbeitnehmer oder in einem der folgenden alternativen Fälle zur Besteuerung der Einkünfte aus der Kapitalbeteiligung:

- Ende des Dienstverhältnisses (außer bei Unternehmenswertanteilen unter bestimmten Voraussetzungen);⁷³⁾
- Aufhebung der Vinkulierung der Anteile;⁷⁴⁾
- Beteiligung des Arbeitnehmers mit mehr als 10 % am Kapital;
- Liquidation des Arbeitgebers oder Tod des Arbeitnehmers;⁷⁵⁾
- Eintritt von Umständen, die zu einer Einschränkung des Besteuerungsrechts der Republik Österreich führen würden (zB Wegzug des im Homeoffice arbeitenden Arbeitnehmers in einen anderen Staat).⁷⁶⁾

5.3. Steuerbegünstigung

Die Steuerbegünstigung besteht darin, dass 75 % der Einkünfte aus der Kapitalbeteiligung zum Kapitalertragsteuersatz von 27,5 % und die restlichen 25 % zum progressiven Lohnsteuertarif besteuert werden. Systemkonform fallen Sozialversicherungsbeiträge und Lohnnebenkosten auch nur für 25 % der Einkünfte an. Voraussetzung für die Begünstigung ist, dass die Kapitalbeteiligung vom Arbeitnehmer zumindest fünf Jahre gehalten wird und das Dienstverhältnis drei Jahre andauert (§ 67a Abs 4 Z 2 EStG).

5.4. Unentgeltliche Abgabe

Voraussetzung für die Steuerbegünstigung ist überdies die unentgeltliche (nicht bloß verbilligte) Abgabe von Kapitalanteilen.⁷⁷⁾ Damit soll ausweislich der Materialien in erster Linie die Notwendigkeit, die Anteile im Zeitpunkt der Abgabe aus steuerrechtlicher Sicht zu bewerten, vermieden werden.⁷⁸⁾ Unter Berücksichtigung, dass im Arbeitsverhältnis die Einräumung von Kapitalbeteiligungen ohne unmittelbare Gegenleistung (über das Nominale hinaus) nicht unentgeltlich erfolgt, sondern im Hinblick auf die Arbeitsleistung gegeben wird,⁷⁹⁾ stellt dieses Kriterium einen Knackpunkt im System(um)bruch

⁷⁰⁾ Es dürfen dazu 1.) nicht mehr als 100 Arbeitnehmer beschäftigt sein, 2.) nicht mehr als 40 Mio Euro Umsatz vorliegen, 3.) seit der Unternehmensgründung nicht mehr als 10 Jahre vergangen sein und 4.) die Stimmrechte oder Kapitalanteile nicht zu mehr als 25 % durch Unternehmen gehalten werden, die in einen Konzernabschluss einzubeziehen sind.

⁷¹⁾ Vgl Rz 76 der LStR 2002; siehe weiters Punkt 4.2.2.

⁷²⁾ Erläuterungen 275/ME 27. GP, 2.

⁷³⁾ Ausnahmsweise tritt keine Besteuerung ein, wenn der Arbeitgeber im Zeitpunkt der Beendigung dies am Lohnzettel erklärt und für die Entrichtung der Steuer haftet; siehe A. Wild, RWZ 2023, 177.

⁷⁴⁾ Das ist der Auffangtatbestand für jene Fälle, in denen die Vinkulierung zwar aufgehoben wird, eine Veräußerung im selben Kalenderjahr aber nicht stattfindet; vgl Erläuterungen 275/ME 27. GP, 2.

⁷⁵⁾ Das hätte erhebliche nachteilige Konsequenzen für jung verstorbene Arbeitnehmer, deren Erben dann dazu gezwungen werden, den Anteil auf einem überschaubaren Markt zu verwerten; siehe Vondrak, Die neue Start-up-Mitarbeiterbeteiligung, ecolex 2023, 610 (611).

⁷⁶⁾ Hier ist die Situation in Abhängigkeit der Verordnung (EG) Nr 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. 4. 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, ABI L 166 vom 30. 4. 2004, S 1, sowie der jeweiligen Doppelbesteuerungsabkommen zu erheben.

⁷⁷⁾ Siehe Punkt 4.2.5.

⁷⁸⁾ Erläuterungen 275/ME 27. GP, 2.

⁷⁹⁾ Unentgeltlichkeit der Arbeitsverwendung ist nicht schon bei Fehlen einer Entgeltvereinbarung zu vermuten, sondern diese muss ausdrücklich und erwiesenermaßen (wenigstens nach den Umständen kon-

der Behandlung entgeltwerter Vorteile dar. Nach der Formulierung des Gesetzesentwurfs ist davon auszugehen, dass sich die Unentgeltlichkeit aus Zwecken der Verwaltungsvereinfachung nur auf die unmittelbare Gegenleistung für die Kapitalbeteiligung bezieht. Ob mit Blick auf den Zeitraum danach dieses Kriterium auch dann noch erfüllt ist, wenn die Kapitalbeteiligung vertraglich mit einer Dienstleistung oder deren Bereitstellungsverpflichtung (zB Abstellen auf das Bestehen eines Dienstverhältnisses) verknüpft wird, ist fraglich und sollte vom Gesetzgeber klargestellt werden. Anderenfalls ist zu befürchten, dass während eines Dienstverhältnisses sukzessive anwachsende Kapitalbeteiligungen oder solche, die auf arbeitsbezogene Umstände nach dem Zeitpunkt der Abgabe (zB im Sinne klassischer *Vesting*-Bestimmungen) Bezug nehmen, der Steuerbegünstigung entgegenstehen.⁸⁰⁾ Träfe dies zu, dürften letztlich nur (mehr) die für die Steuerbegünstigung beachtlichen Halte- und Beschäftigungsfristen nach § 67a Abs 4 Z 2 EStG die Bindungswirkung von Arbeitnehmern an das Unternehmen des Arbeitgebers herstellen.⁸¹⁾

6. Ausblick

Die Flexible Kapitalgesellschaft stellt ein spannendes neues Instrument im Orchester der österreichischen Gesellschaftsformen dar, das im Laufe der nächsten Jahre seinen Platz zu finden hat. Angesichts der Internationalität der rechtlichen Beziehungen im Start-up-Universum ist fraglich, ob sich diese österreichische Lösung durchsetzen und etablierte Mitarbeiterbeteiligungsformen ersetzen kann. Der Gesetzesentwurf lässt viele Fragen offen und es wird sich zeigen, wie die Praxis mit diesen Fragen umgeht, insbesondere wie Unternehmenswertanteile in das dichte Geflecht zwingender arbeitsrechtlicher Vorschriften rechtskonform eingebettet werden können.

Aus Mitarbeitersicht können sich Vorteile im Vergleich zu (herkömmlichen) vertraglichen Substanzbeteiligungen materialisieren, die sich in den letzten Jahren zum Standardmodell der zusätzlichen Vergütung von Mitarbeitern in Start-ups durchgesetzt haben. Aus Arbeitgebersicht stellt sich die Frage, ob die im Vergleich zu vertraglichen Substanzbeteiligungen mit einer für die Mitarbeiter verstärkten Rechtsposition versehenen Unternehmenswertanteile tatsächlich attraktiv sind oder nicht auf die Anwendung international üblicher und erprobter vertraglicher Mitarbeiterbeteiligungsmodelle beharrt werden sollte.



Auf den Punkt gebracht

Mit dem Unternehmenswertanteil der Flexiblen Kapitalgesellschaft erhalten Mitarbeiter eine neue gesetzliche Kapitalbeteiligungsform. Zusätzlich erhalten Arbeitnehmer, soweit die Bedingungen des § 67a EStG zutreffen, anstelle von sofort steuerpflichtigem *dry income* in der Form einer zumeist (noch) nicht Früchte tragenden Kapitalbeteiligung sogenanntes *sweat equity*, für das sie ihre Arbeitsleistung über die Dauer der gesetzlichen Haltefriste (§ 67a Abs 4 Z 2 EStG) dem Arbeitgeber zur Verfügung zu stellen haben.

kludent) vereinbart worden sein und einer Prüfung auf ihre sachliche Rechtfertigung standhalten; vgl VwGH 19. 12. 2012, 2012/08/0165; 15. 5. 2013, 2011/08/0123; 26. 5. 2014, 2012/08/0207.

⁸⁰⁾ Dies gilt freilich auch für jene Fälle, wo die Kapitalbeteiligung (zB Unternehmenswertanteile) Vergütung für die Arbeitsleistung (*sweat equity*) ist.

⁸¹⁾ Es ist daher damit zu rechnen, dass Kapitalbeteiligungen Arbeitnehmern mit Rückkaufsoptionen in Aussicht gestellt werden und nicht auf einmal, sondern in Tranchen unter Unverbindlichkeitsvorbehalt gewährt werden. Wie nachprüfende Gerichte und Behörden diese Praxis im Hinblick auf das Kriterium der Unentgeltlichkeit bewerten, ist dann Gegenstand der Einzelfallbeurteilung. Daran anschließend stellt sich die Frage, wie sich die einzelnen Anteilstranchen auf die Berechnung der Fristen des § 67a Abs 4 Z 2 EStG auswirken.