

RdM

Recht der Medizin

Beiträge

Die Ärzte-FlexCo als Alternative zur Ärzte-GmbH

Alexander Reich-Rohrwig und Hannah Gerbl

Änderungen durch das Psychotherapiegesetz 2024

Sara Plimon-Rohm

Berufs- und Haftungsrecht bei anästhesiologischen Verfahren

Paul Köglberger und Felix Wallner

Die Gewissensklausel des Sterbeverfügungsgesetzes

Jürgen Wallner

MedGeF-Vereinbarungen und MedGeF-Prozess (II)

Mathis Fister und Gisela Ernst

Rechtsprechung

Unionsrechtswidrigkeit eines Kostenersatzes für die (Erst-)Kopie der Krankengeschichte

Claudia Gabauer

Aufklärung über Off-Label-Use?

Christian Kopetzki

Die Ärzte-FlexCo als Alternative zur Ärzte-GmbH

Möglichkeiten für Gruppenpraxen durch die neue Gesellschaftsform der FlexCo

Der Beitrag schnell gelesen

Am 1. 1. 2024 hat der Gesetzgeber eine neue Kapitalgesellschaftsform, die FlexCo, eingeführt. Ob diese auch als Rechtsform für Gruppenpraxen zur Verfügung steht und welche Vor- und Nachteile sie bietet, wird im Folgenden erörtert.

Gesellschaftsrecht; Berufsrecht

§ 52a Abs 1 ÄrzteG

RdM 2025/2



Dr. ALEXANDER REICH-ROHRWIG ist Partner bei der CERHA HEMPEL Rechtsanwälte GmbH.
HANNAH GERBL, LL.M. (WU), ist Rechtsanwaltsanwältin bei der CERHA HEMPEL Rechtsanwälte GmbH.

Inhaltsübersicht:

- A. Die FlexCo als zulässige Rechtsform für Gruppenpraxen
 1. Zulässige Rechtsformen nach § 52a Abs 1 ÄrzteG
 - a) Zulässigkeit der OG, nicht jedoch der KG
 - b) Zulässigkeit der GmbH, nicht jedoch der AG
 2. Zulässigkeit der FlexCo als neue, auf der GmbH basierende Rechtsform
 - a) Zulässige Zwecke einer FlexCo
 - b) Verhältnis FlexKapGG und GmbH-Recht
 - c) Zulässigkeit der FlexCo für Gruppenpraxen
 - d) Zwischenergebnis
- B. Möglichkeiten der Ärzte-FlexCo im Vergleich zur Ärzte-GmbH
 1. Was kann die FlexCo – und was kann die Ärzte-FlexCo (nicht)?
 - a) Allgemeines zur FlexCo
 - b) Unternehmenswert-Anteile und Mitarbeiterbeteiligung
 - c) Flexible Kapitalmaßnahmen/Finanzierungsmöglichkeiten
 - d) (Zwangs-)Einzahlung von Geschäftsanteilen
 - e) Erleichterte Formvorschriften – kein Notariatsakt
 - f) Vereinfachte Beschlussfassung im Umlaufweg
 - g) „Frühe“ Aufsichtsratspflicht
- C. Resümee

A. Die FlexCo als zulässige Rechtsform für Gruppenpraxen

1. Zulässige Rechtsformen nach § 52a Abs 1 ÄrzteG

Die für eine Gruppenpraxis zulässigen Rechtsformen werden durch § 52a Abs 1 ÄrzteG festgelegt. Demnach kann eine Gruppenpraxis in der Rechtsform einer Offenen Gesellschaft (OG) und seit 2010 in der Rechtsform einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) betrieben werden.¹ Andere Gesellschaftsformen, wie etwa die Kommanditgesellschaft (KG) oder die Aktiengesellschaft (AG), hat der Gesetzgeber für Gruppenpraxen hingegen nicht zur Wahl gestellt.²

Weiters stellt § 52a Abs 3 ÄrzteG etwa klar, dass „der Gruppenpraxis [...] als Gesellschafter nur zur selbstständigen Berufs-

ausübung berechnete Ärzte angehören [dürfen]“ und „andere natürliche Personen und juristische Personen [...] der Gruppenpraxis nicht als Gesellschafter angehören und daher nicht am Umsatz oder Gewinn beteiligt werden [dürfen].“³

a) Zulässigkeit der OG, nicht jedoch der KG

Zur Frage, warum Gruppenpraxen unter den Personengesellschaften lediglich die OG, nicht jedoch die Rechtsform der KG zur Verfügung steht, wird in der Literatur⁴ ausgeführt, dass die Komplementäre einer KG in ihren Rechten und Pflichten den Gesellschaftern einer OG gleichgestellt sind, während die Kommanditisten grds (mit Ausnahme von außergewöhnlichen Geschäftsführungsmaßnahmen) von der Geschäftsführung ausgeschlossen sind und nur bis zur Höhe der von ihnen übernommenen Haftsummen haften. Diese Rolle der Kommanditisten erscheint daher für Gesellschafter einer Gruppenpraxis unpassend: Da alle Gesellschafter ihren Beruf im Rahmen der Gruppenpraxis ausüben sollen, soll auch allen berufsbezugten Gesellschaftern die gleiche Rechtsstellung zukommen.⁵ Maßgeblich erscheint insofern vor dem Umstand, dass Kommanditisten zwar *grundsätzlich* von der Geschäftsführung der KG ausgeschlossen

¹ Die Möglichkeit der Gründung einer Gruppenpraxis in der Rechtsform der GmbH wurde durch die 14. ÄrzteG-Nov, BGBl I 2010/61, eröffnet. Siehe dazu Karollus, Ausgewählte gesellschaftsrechtliche Fragen zur ärztlichen und zahnärztlichen „Gruppenpraxis neu“, RdM 2011, 192; Krejci, Gesellschaftsrechtliches zur Gruppenpraxis, ZAS 2010, 249; Sieh/Lumsden, Die Ärzte-GmbH, ecolo 2010, 1120; Stärker, Die Ärzte-GmbH (Teil I), RdM 2011, 36; Zahrl, Die Ärzte-GmbH (Teil II), RdM 2011, 77; Schenk/Lindner, Die neue Ärzte-GmbH, RdW 2010, 703; Aubauer/Thomas, Die Ärzte-GmbH, taxlex 2010, 323; Chini, Die Rechtsform der GmbH für die Zusammenarbeit von Ärzten in Gruppenpraxen, SWK 2010, 107; Fantur, Die neue Ärzte-GmbH aus Sicht des Vertragserrichters, GES 2010, 155; Ratka in Stöger/Zahrl, ÄrzteG § 52a Rz 1; Wallner in Neumayr/Resch/Wallner, GmundKomm² § 52c ÄrzteG Rz 6; Schneider in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, Handbuch Medizinrecht Kap IV.2.5.6.1; Wiedenbauer in Wiedenbauer/Kanduth-Kristen/Grün/Hofer, Die Ärzte-GmbH; Wallner, Medizinrecht³ Rz 220ff; Wallner, Handbuch Ärztliches Berufsrecht 96ff; Holzgruber/Hübner-Schwarzinger/Minihold, Der Weg in die Ärzte-GmbH/OG.

² Karollus in Resch/Wallner, Handbuch Medizinrecht³ Kap XXX Rz 8; Karollus, RdM 2011, 192 (193); Krejci, ZAS 2010, 249 (249ff).

³ Siehe dazu im Detail etwa Ratka in Stöger/Zahrl, ÄrzteG § 52a Rz 5 und 12; Wallner in GmundKomm² § 52c ÄrzteG Rz 7f; Resch/Wallner, Handbuch Medizinrecht³ Kap XXX Rz 11ff; Karollus, RdM 2011, 192 (193); Krejci, ZAS 2010, 249 (252f); Zahrl, RdM 2011, 77 (78).

⁴ Krejci, ZAS 2010, 249 (250); die Erläuterung zu 2. ÄrzteG-Nov, BGBl I 2001/110, mit der die Gruppenpraxis eingeführt wurde, enthalten im Übrigen keine Begründung dahingehend, warum zunächst nur die Rechtsform der OG zulässig war.

⁵ Krejci, ZAS 2010, 249 (250).

sind, ihnen allerdings in bestimmten Fällen – nämlich bei Handlungen, die über den gewöhnlichen Betrieb des Unternehmens der Gesellschaft hinausgehen⁶ – eben doch ein Widerspruchsrecht eingeräumt ist und sie somit doch eingeschränkte Mitwirkungsrechte haben. Das kann sich auch auf die ärztliche Berufsausübung im Rahmen der Gruppenpraxis auswirken.

b) Zulässigkeit der GmbH, nicht jedoch der AG

Der Grund dafür, dass unter den Kapitalgesellschaften bloß die Rechtsform der GmbH, nicht jedoch die der AG für Gruppenpraxen zur Wahl steht, liegt nach der Literatur⁷ darin, dass die AG primär darauf gerichtet ist, „Kapitalgeber zu gewinnen, die weit mehr an der Anlage ihres Vermögens als an eigenem unternehmerischen Wirken interessiert sind“. Deshalb ist auch das operative Geschäft dem weisungsfreien Vorstand der AG vorbehalten, während die Aktionäre bloß eingeschränkte Mitentscheidungsbefugnisse haben. Da einer Gruppenpraxis hingegen nur berufsbeauftragte Ärzte als Gesellschafter angehören dürfen, die im Rahmen der Gesellschaft ihren Beruf ausüben, ist auch die AG als Rechtsform für Gruppenpraxen ungeeignet.⁸

2. Zulässigkeit der FlexCo als neue, auf der GmbH basierende Rechtsform

Die Flexible Kapitalgesellschaft („FlexCo“ oder „FlexKapG“) ist in § 52a Abs 1 ÄrzteG nicht unter den für eine Gruppenpraxis zulässigen Rechtsformen genannt. Im Zuge der Einführung der FlexCo am 1. 1. 2024 durch das Gesellschaftsrechts-ÄnderungsG 2023⁹ wurde das ÄrzteG nicht angepasst und der Gesetzestext zu den für eine Gruppenpraxis zulässigen Rechtsformen wurde somit nicht um die FlexCo erweitert.

Allerdings sieht § 1 Abs 2 Flexible-Kapitalgesellschafts-G (FlexKapGG)¹⁰ in Hinblick auf die FlexCo eine subsidiäre Geltung der „für Gesellschaften mit beschränkter Haftung geltenden Bestimmungen“ vor. Es stellt sich daher die Frage, ob die FlexCo somit auf Grund dieses Verweises im FlexKapGG von den für Gruppenpraxen zulässigen Rechtsformen mitumfasst ist.

a) Zulässige Zwecke einer FlexCo

Bereits § 1 Abs 1 FlexKapGG legt ganz grundsätzlich und programmatisch fest, dass eine FlexCo „zu jedem gesetzlich zulässigen Zweck“ gegründet werden kann.¹¹ Allerdings lässt sich aus dieser Anordnung – für sich alleine betrachtet – wenig gewinnen, weil sie die Frage, welche Zwecke denn nun zulässig sind, nicht beantwortet. Vielmehr ist dies im Zusammenspiel mit § 1 Abs 2 FlexKapGG und (berufs-)rechtlichen Einschränkungen zu sehen.

b) Verhältnis FlexKapGG und GmbH-Recht

Wie erwähnt, sieht das FlexKapGG in § 1 Abs 2 die subsidiäre Geltung der „für Gesellschaften mit beschränkter Haftung geltenden Bestimmungen“ vor: Auf die FlexCo sind somit nicht nur das GmbH-Gesetz (GmbHG) selbst, sondern sämtliche für die GmbH geltenden Normen der österr Rechtsordnung anzuwenden, soweit das FlexKapGG keine abweichenden Regelungen trifft.¹² Neben dem GmbHG ist daher etwa das Unternehmensgesetzbuch (UGB – man denke hier etwa an die bilanzrechtlichen Vorschriften), das UmwandlungsG (UmwG), das SpaltungsG (SpaltG) oder das GesellschafterausschlussG (GesAusG) subsidiär anwendbar.¹³

Bei präziser Betrachtung stellt sich allerdings die Frage, was genau unter „für GmbHs geltende Bestimmungen“ zu verstehen ist: Sind damit rein gesellschaftsrechtliche bzw rein organisationsrechtliche Bestimmungen gemeint, die für die GmbH gel-

ten? Oder soll vielmehr die FlexCo automatisch von sämtlichen Gesetzesbestimmungen, die Bezug auf die GmbH nehmen, mitumfasst sein? Gilt daher eine Bezugnahme auf die GmbH in Spezialmaterien, wie etwa auch dem ÄrzteG, automatisch auch als Bezugnahme auf die FlexCo?

Diese Frage sofort mit „ja“ zu beantworten, wäre uE zu kurz gegriffen: Denn der Wortlaut des § 1 Abs 2 FlexKapGG, wonach „auf die FlexKapG“ die „für GmbHs geltenden Bestimmungen“ anzuwenden sind, sowie der Umstand, dass es sich beim FlexKapGG um ein gesellschaftsrechtliches Gesetz handelt, das wiederum auf das für eine andere Gesellschaftsform geltende Recht verweist, spricht dafür, dass der Gesetzgeber primär das Organisationsrecht der GmbH in das Regelungsregime der FlexCo inkorporieren wollte. Auch nach den Erläuterungen soll durch diesen Subsidiaritätsmechanismus gewährleistet werden, dass der FlexCo die „traditionellen Qualitätsmerkmale der GmbH“ zugutekommen, „auf den reichen Erfahrungsschatz des GmbH-Rechts zurückgegriffen werden“ kann, dass die FlexCo „auf unionsrechtlicher Ebene alle Vorteile einer österreichischen GmbH genießt“.¹⁴ Die Subsidiaritätsklausel erklärt somit das Regelungsregime für GmbHs als subsidiär für FlexCos anwendbar.

Mit Vorsicht zu genießen ist hingegen der Gedanke, dass auch bei Rechtsnormen, in denen der Gesetzgeber eine bewusste Differenzierung zwischen verschiedenen Gesellschaftsformen vorgenommen hat, wie dies auch iZm Gruppenpraxen bei § 52a Abs 1 ÄrzteG der Fall ist, die FlexCo von der Nennung der GmbH automatisch mitumfasst ist. Anders formuliert: Es ist zwischen der Frage zu differenzieren, welche Regelungen auf eine FlexCo anzuwenden sind, und der Frage, ob die FlexCo in einem bestimmten Kontext, wie etwa bei Gruppenpraxen, als Rechtsform zur Wahl steht, also zulässig ist. Man könnte diese beiden Themenkreise auch zeitlich gestaffelt betrachten: Zuerst stellt sich die Frage, ob für eine Gruppenpraxis die Rechtsform der FlexCo zulässig ist und, falls ja, stellt sich (erst) in einem zweiten Schritt die Frage, welche Regelungen für eine solche Ärzte-FlexCo dann gelten. Die zweite Frage ergibt sich unmittelbar aus § 1 Abs 2 FlexKapGG, der dazu auf das GmbH-Recht verweist.

Um die erste Frage zu beantworten – also, ob für eine Gruppenpraxis die Rechtsform der FlexCo zulässig ist –, sind allerdings jene Differenzierungskriterien und Wertungen näher zu betrachten, die ausschlaggebend dafür waren, bestimmte Rechtsformen für eine Gruppenpraxis zuzulassen, andere (konkret: die AG und die KG) hingegen auszuschließen.

⁶ § 164 UGB.

⁷ Krejci, ZAS 2010, 249 (250); die Erläut zur 14. ÄrzteG-Nov, BGBl I 2010/61, enthalten wiederum keine näheren dahingehenden Ausführungen.

⁸ Krejci, ZAS 2010, 249 (251).

⁹ BGBl I 2023/179.

¹⁰ BGBl I 2023/179.

¹¹ A. Reich-Rohrwig in Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky, Flexible Kapitalgesellschaft Rz 4.11 f; R. Rastegar in Rastegar/Rastegar/Rastegar, FlexKapGG-ON^{1.00} § 1 Rz 31 f; Kraus in Schneeweiss/Hule, FlexKapGG § 1 Rz 6; Wünscher in Wünscher, FlexKapGG § 1 Rz 20.

¹² ErläutRV 2320 BlgNR 27. GP 3; R. Rastegar in Rastegar/Rastegar/Rastegar, FlexKapGG-ON^{1.00} § 1 Rz 45; Kraus in Schneeweiss/Hule, FlexKapGG § 1 Rz 10; Wünscher in Wünscher, FlexKapGG § 1 Rz 5; weiterführend Ke. Rastegar, Subsidiäres GmbH-Recht und Auslegung, ecolo 2023, 909.

¹³ Vgl. Kinsky/Kurz in Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky, Flexible Kapitalgesellschaft Rz 1.2 FN 7; R. Rastegar in Rastegar/Rastegar/Rastegar, FlexKapGG-ON^{1.00} § 1 Rz 46; Birnbauer, Ausgewählte Praxisfragen zur FlexKapGG, ÖRPf 2024 H 1, 38 (38); Told/Sottnner, Die FlexCo zwischen klassischen Gesellschaftern und Unternehmenswert-Beteiligten, NZ 2024, 275 (275).

¹⁴ ErläutRV 2320 BlgNR 27. GP 1, 3.

c) Zulässigkeit der FlexCo für Gruppenpraxen

Vorauszuschicken ist, dass die FlexCo auf der Rechtsform der GmbH aufbaut, diese allerdings in mehreren Bereichen um Elemente aus dem Aktienrecht ergänzt.¹⁵ Sie wird daher teils auch als Hybridform zwischen der GmbH und der AG bezeichnet.¹⁶ Da der Gesetzgeber die AG explizit nicht für Gruppenpraxen zur Verfügung gestellt hat (s oben A.1), stellt sich nun die Frage, ob die FlexCo aufgrund ihrer aktienrechtlichen Elemente (wie etwa den flexiblen Kapitalmaßnahmen) als Rechtsform für Gruppenpraxen ausscheidet. Dies ist zu verneinen: Denn jene charakteristischen Strukturelemente einer AG, die diese für eine Gruppenpraxis als ungeeignet erscheinen lassen (s oben A.1.b) – wie etwa der weisungsfreie Vorstand und die eingeschränkten Mitentscheidungsbefugnisse der Aktionäre –, sind bei der FlexCo gerade nicht gegeben.

Auch die Schaffung der neuen Anteilsklasse, der sogenannten Unternehmenswert-Anteile (s dazu näher unten B.1.b), spricht nicht gegen die Zulässigkeit von FlexCos für Gruppenpraxen: Diese Unternehmenswert-Anteile wurden zwar vom Gesetzgeber primär zum Zweck der Mitarbeiterbeteiligung eingeführt, doch besteht einerseits keine Pflicht dazu, Unternehmenswert-Anteile auszugeben, und können diese andererseits auch an Gesellschafter (und nicht nur an Mitarbeiter) ausgegeben werden. Vor allem aber kommt Unternehmenswert-Beteiligten *generell* kein Stimmrecht in Hinblick auf Geschäftsführungsmaßnahmen zu.¹⁷ Anders als etwa die KG verfügt die FlexCo somit nicht zwingend über zwei unterschiedliche Anteilsklassen, die in unterschiedlichem Ausmaß auf die Geschäftsführung Einfluss nehmen können¹⁸ (und die der Gesetzgeber offenbar als ungeeignet für Gruppenpraxen hielt; s oben A.1).

Somit ist der Umstand, dass § 52a Abs 1 ÄrzteG die FlexCo nicht als zulässige Rechtsform für Gruppenpraxen nennt, nicht als *bewusstes* Schweigen des Gesetzgebers zu werten. Vielmehr hat der Gesetzgeber durch die Erlaubnis, dass eine FlexCo „zu jedem gesetzlich zulässigen Zweck“ gegründet werden kann (§ 1 Abs 1 FlexKapGG), und durch die Anordnung der Geltung der „für GmbHs geltenden Bestimmungen“ (§ 1 Abs 2 FlexKapGG) selbst klargestellt, dass Gruppenpraxen auch in der Rechtsform der FlexCo geführt werden können.

d) Zwischenergebnis

Im Ergebnis ist somit davon auszugehen, dass eine ärztliche Gruppenpraxis auch in der Rechtsform einer FlexCo gegründet werden kann.¹⁹ Dies ergibt sich aus § 1 Abs 1 FlexKapGG iVm § 1 Abs 2 FlexKapGG iVm § 52a Abs 1 Z 2 ÄrzteG sowie der strukturellen Nähe der FlexCo zur GmbH. Ebenso können bereits bestehende Gruppenpraxen in der Rechtsform einer GmbH – ohne neuerliche Bedarfsprüfung²⁰ – in eine FlexCo umgewandelt werden.

Die spezialgesetzlichen Vorgaben des ÄrzteG können allerdings dazu führen, dass bestimmte Möglichkeiten, die eine FlexCo grundsätzlich bieten würde, von Gruppenpraxen in Form einer Ärzte-FlexCo teils nur eingeschränkt genutzt werden können. Denn wie auch bei der GmbH gehen die spezialgesetzlichen Vorgaben des ÄrzteG vor.²¹ Dazu im Folgenden.

B. Möglichkeiten der Ärzte-FlexCo im Vergleich zur Ärzte-GmbH

Ausgehend von der Zulässigkeit der FlexCo als Rechtsform für die Gründung von Gruppenpraxen, stellt sich nun die Frage, welche Möglichkeiten und Vorteile eine solche Ärzte-FlexCo gegen-

über einer Ärzte-GmbH bieten kann. Dazu werden nachstehend die wesentlichen Möglichkeiten der FlexCo im Vergleich zur GmbH dargestellt und deren Relevanz bei Gruppenpraxen erörtert. Insofern gilt es, wie erwähnt, berufsrechtliche Vorgaben und Einschränkungen des ÄrzteG zu beachten.

3. Was kann die FlexCo – und was kann die Ärzte-FlexCo (nicht)?

a) Allgemeines zur FlexCo

Die FlexCo soll va innovativen Start-ups und Gründern in der Frühphase eine international wettbewerbsfähige Option bieten.²² Die bislang bestehenden Kapitalgesellschaftsformen GmbH und AG erwiesen sich teils als nicht ideal, weshalb der Gesetzgeber nach langer Diskussion letztlich die FlexCo als dritte Kapitalgesellschaftsform eingeführt hat.²³ Als Ausgangspunkt diente, wie bereits zuvor dargelegt, die Rechtsform der GmbH, die in mehreren Bereichen nach dem Vorbild des Aktienrechts modifiziert wurde.²⁴

Wie nachstehend näher erörtert wird, bietet die FlexCo etwa die Möglichkeit (i) der Ausgabe einer eigenen Anteilsklasse, der Unternehmenswert-Anteile, (ii) von flexiblen Kapitalmaßnahmen und Finanzierungsinstrumenten (wie etwa Wandelschuldverschreibungen), (iii) der (Zwangs-)Einziehung von Geschäftsanteilen, (iv) vereinfachter und kostengünstiger Anteilsübertragungen sowie (v) vereinfachter Umlaufbeschlüsse.²⁵

b) Unternehmenswert-Anteile und Mitarbeiterbeteiligung

Vorab: Mit der Schaffung der neuen Anteilsklasse der Unternehmenswert-Anteile wollte der Gesetzgeber es insb ermöglichen, Mitarbeiter eines Unternehmens zu attraktiven Bedingungen am Unternehmenserfolg teilhaben zu lassen (zB im Rahmen eines Mitarbeiterbeteiligungsprogrammes), ohne dass damit eine

¹⁵ ErläutRV 2320 BlgNR 27. GP 1; *Kinsky/Kurz* in *Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky*, Flexible Kapitalgesellschaft Rz 1.2; *R. Rastegar* in *Rastegar/Rastegar/Rastegar*, FlexKapGG-ON^{1.00} § 1 Rz 6; *Kraus* in *Schneeweiss/Hule*, FlexKapGG § 1 Rz 2.

¹⁶ ErläutRV 2320 BlgNR 27. GP 1; aA *Wünscher* in *Wünscher*, FlexKapGG § 1 Rz 7 ff. nach diesem stellt die FlexKapG eine „Rechtsformvariante oder Sonderform der GmbH“ dar, jedoch „keine eigene Rechtsform“ und auch „kein ‚Hybrid‘ zwischen GmbH und AG“.

¹⁷ Ein Stimmrecht haben Unternehmenswert-Beteiligte bloß bei gesellschaftsrechtlichen Maßnahmen, die die Unternehmenswert-Beteiligten selbst betreffen, nämlich bei einer Änderung ihrer Rechte oder bei einer Umwandlung ihrer Unternehmenswert-Anteile in reguläre Geschäftsanteile. Siehe dazu § 9 Abs 5 FlexKapGG; *J. Reich-Rohrwig* in *Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky*, Flexible Kapitalgesellschaft Rz 8.27; *Ke. Rastegar/K. Rastegar/R. Rastegar* in *Rastegar/Rastegar/Rastegar*, FlexKapGG-ON^{1.00} § 9 Rz 177 ff; *Jeitler/Juster* in *Schneeweiss/Hule*, FlexKapGG § 9 Rz 37 ff; *Hartig* in *Wünscher*, FlexKapGG § 9 Rz 55 ff.

¹⁸ Vgl den grundsätzlichen Ausschluss der Kommanditisten von der Geschäftsführung und deren ausnahmsweises Zustimmungserfordernis bei außergewöhnlichen Maßnahmen. Siehe dazu oben A.1.a).

¹⁹ So auch *Wünscher* in *Wünscher*, FlexKapGG § 1 Rz 26; *R. Rastegar* in *Rastegar/Rastegar/Rastegar*, FlexKapGG-ON^{1.00} § 1 Rz 36.

²⁰ Vgl für die Umwandlung einer als OG gegründeten Gruppenpraxis in eine GmbH § 230 Abs 3 ÄrzteG sowie *Karollus* in *Resch/Wallner*, Handbuch Medizinrecht³ Kap XXX Rz 9.

²¹ Siehe etwa *Ratka* in *Stöger/Zahlr*, ÄrzteG § 52a Rz 4: „es gelten somit die für die jeweilige Rechtsform (OG, GmbH) maßgeblichen gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen, so nicht §§ 52a–c bzw standesrechtliche Regelungen von diesen Abweichendes vorsehen“; *Reiner/Chini*, Die (neue) deutsche Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung, SWK 2012, 1290 (1291); *Sieh/Lumsden*, *ecolex* 2010, 1120 (1120).

²² ErläutRV 2320 BlgNR 27. GP 1.

²³ *Kinsky/Kurz* in *Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky*, Flexible Kapitalgesellschaft Rz 1.1.

²⁴ Siehe dazu bereits die Nachweise in FN 15.

²⁵ Siehe für eine Übersicht der Unterschiede von FlexCo und GmbH etwa *A. Reich-Rohrwig* in *Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky*, Flexible Kapitalgesellschaft Rz 1.7 ff, Rz 1.44 ff.

Mitwirkung an der Willensbildung der Gesellschaft einhergeht.²⁶ Dessen ungeachtet ist die Ausgabe von Unternehmenswert-Anteilen nicht auf Mitarbeiter beschränkt: So können Unternehmenswert-Anteile etwa auch an die Gesellschafter einer FlexCo oder sonstige Dritte ausgegeben werden.²⁷

Was macht einen sog Unternehmenswert-Anteil nun aus?

Stark vereinfacht gesprochen ist der Inhaber eines Unternehmenswert-Anteils (ein Unternehmenswert-Beteiligter) Eigenkapitalgeber, der – wie auch ein Gesellschafter – eine bestimmte Stammeinlage zu leisten hat. Er ist – wie ein Gesellschafter – anteilig am Gewinn, am Unternehmenswert und am Liquidationserlös der Gesellschaft beteiligt. Allerdings trifft ihn bloß eine – im Vergleich zu einem Gesellschafter – eingeschränkte Haftung, ihm kommen bloß stark eingeschränkte Einsichtsrechte und grds²⁸ kein Stimmrecht in der Generalversammlung zu.²⁹ Unternehmenswert-Anteile dürfen in Summe nur in einem Ausmaß ausgegeben werden, das weniger als 25% des Stammkapitals der Gesellschaft beträgt.³⁰

Was bedeutet das für Gruppenpraxen?

Gerade die oben erwähnte Mitarbeiterbeteiligung ist bei Gruppenpraxen aufgrund von berufsrechtlichen Vorgaben nach der hL ausgeschlossen: So legen § 52a Abs 3 Z 1 und Z 2 ÄrzteG fest, dass nur zur selbstständigen Berufsausübung berechnigte Ärzte Gesellschafter einer Gruppenpraxis sein dürfen,³¹ während andere natürliche und juristische Personen – wie auch Mitarbeiter – der Gruppenpraxis nicht als Gesellschafter angehören und daher nicht am Umsatz oder Gewinn beteiligt werden dürfen.³²

In der Literatur³³ wird dies sehr weit verstanden und vertreten, dass – über den engen Wortlaut des Gesetzes hinaus – generell nur zur selbstständigen Berufsausübung berechnigte Ärzte am Umsatz oder Gewinn der Gruppenpraxis beteiligt werden dürfen. Neben einer Beteiligung als Gesellschafter sollen auch andere rechtliche Gestaltungsformen einer Gewinn- oder Umsatzbeteiligung – wie etwa eine stille Beteiligung, ein Genussrecht oder ein partiarisches Darlehen³⁴ – unzulässig sein. Dadurch soll erreicht werden, dass niemand hinter der Gesellschaft steht, „der etwa deshalb, weil er die Gesellschaft finanziert, fernab von den ethischen Grundsätzen des Ärzteberufs an einem möglichst hohen Umsatz bzw Gewinn interessiert ist und aus diesen Motiven auf die Berufsausübung der Gruppenpraxis Einfluss zu nehmen trachtet“.³⁵

Sofern man der strengen Ansicht der hL folgt und auch eine rein vertragliche Gewinn- und Umsatzbeteiligung (zB als stiller Gesellschafter oder als partiarischer Darlehensgeber) per se ablehnt, stellt sich allerdings die Folgefrage, ob bloß eine solche Gewinn- oder Umsatzbeteiligung von dritten „Nicht-Ärzten“ unzulässig ist oder ob auch dritte Ärzte (die allerdings keine Gesellschafter der Gruppenpraxis sind) umfasst sind. Ausgehend von der hL müsste wohl auch eine Gewinn- und Umsatzbeteiligung von dritten Ärzten (die nicht zugleich Gesellschafter der Gruppenpraxis sind) ausgeschlossen sein: Denn auch ein dritter Arzt tritt diesfalls – genauso wie jeder sonstige Dritte – bloß als privatrechtlicher Vertragspartner (zB als Kapitalgeber) der Gesellschaft auf und werden insofern die „ethischen Grundsätzen des Ärzteberufs“ mangels ärztlicher Tätigkeit wohl kaum durchschlagen.

Es stellt sich uE allerdings ganz allgemein die Frage, ob die Ansicht der hL, dass eine Gewinn- und Umsatzbeteiligung Dritter generell ausgeschlossen sei, nicht überschießend ist: Denn der „verpönte“ Aspekt ist jeweils jener der Einflussnahme auf die Berufsausübung der Ärzte einer Gruppenpraxis. Sofern eine solche Einflussmöglichkeit allerdings nicht gegeben ist (etwa mangels dahingehender vertraglicher Rechte als stiller Gesellschafter oder als partiarischer Darlehensgeber), stellt sich uE die Frage, warum

eine solche Beteiligung am Umsatz bzw Gewinn unzulässig sein soll. Unserer Ansicht sprechen insofern sogar die besseren Gründe dafür, eine solche Gewinn- und Umsatzbeteiligung unter der Voraussetzung zuzulassen, dass damit – etwa mangels dahingehender Mitsprache- oder Zustimmungsrechte etc – keine Einflussmöglichkeit auf die ärztliche Berufsausübung im Rahmen einer Gruppenpraxis eröffnet wird. Dies könnte ja auch vertraglich ausdrücklich festgehalten werden.

Auch der Gesetzeswortlaut des § 52a Abs 3 Z 2 ÄrzteG steht dem nicht entgegen, da dieser schließlich die Umsatz-/Gewinnbeteiligung ausdrücklich mit der Gesellschafterstellung und somit mit einer Einflussnahmemöglichkeit auf die ärztliche Berufsausübung verknüpft.

Was bedeutet all das für eine Ärzte-FlexCo? Eine Ärzte-FlexCo kann daher von der Möglichkeit zur Ausgabe von Unternehmenswert-Anteilen nur eingeschränkt Gebrauch machen:

- ▶ Zulässig sollte es sein, Unternehmenswert-Anteile an bestehende Ärzte-Gesellschafter einer Ärzte-FlexCo auszugeben, sodass diese sowohl einen „regulären“ Geschäftsanteil als auch einen Unternehmenswert-Anteil halten.
- ▶ Folgt man der strengen Ansicht der hL zum Verbot einer Gewinn- und Umsatzbeteiligung Dritter an einer Gruppenpraxis, so dürfen Unternehmenswert-Anteile hingegen jedenfalls nicht an Nicht-Ärzte (wie etwa Mitarbeiter oder sonstige Dritte) ausgegeben werden.
- ▶ Wohl unzulässig scheint es diesfalls auch, Unternehmenswert-Anteile an „dritte“ Ärzte (die nicht zugleich auch Gesellschafter der Ärzte-FlexCo sind) auszugeben.

Nach der hier vertretenen Ansicht ist diese strenge Ansicht jedoch, wie erwähnt, teleologisch zu hinterfragen: Sofern eine Einflussnahme eines am Gewinn oder Umsatz beteiligten Dritten auf die ärztliche Berufsausübung im Rahmen einer Gruppenpraxis ausge-

²⁶ ErläutRV 2320 BlgNR 27. GP 1f, 4.

²⁷ ErläutRV 2320 BlgNR 27. GP 4; J. Reich-Rohrwig in Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky, Flexible Kapitalgesellschaft Rz 8.1; Ke. Rastegar/K. Rastegar/R. Rastegar in Rastegar/Rastegar/Rastegar, FlexKapGG-ON^{1.00} § 9 Rz 5, 12ff; Jeitler/Juster in Schneeweiss/Hule, FlexKapGG § 9 Rz 7; Hartig in Wünscher, FlexKapGG § 9 Rz 3.

²⁸ Zu den Ausnahmen s bereits FN 17.

²⁹ Im Detail s dazu J. Reich-Rohrwig in Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky, Flexible Kapitalgesellschaft Rz 8.4ff; Ke. Rastegar/K. Rastegar/R. Rastegar in Rastegar/Rastegar/Rastegar, FlexKapGG-ON^{1.00} § 9 Rz 46ff; Jeitler/Juster in Schneeweiss/Hule, FlexKapGG § 9 Rz 22ff; Hartig in Wünscher, FlexKapGG § 9 Rz 28ff; Aubrunner/Fürst, Unternehmenswertanteile der FlexCo, GesRZ 2023, 359; Durstberger/Rieder, Unternehmenswertanteile und Gesellschaftsvertragsgestaltung, RdW 2024, 160; Rizzi/Ringhofer, Die neue Gesellschaftsform der FlexKapG, ÖJZ 2023, 891.

³⁰ § 9 Abs 1 FlexKapGG.

³¹ Zudem dürfen gem § 52a Abs 3 Z 7 ÄrzteG Gesellschafter nicht angestellt werden.

³² § 52a Abs 3 Z 2 ÄrzteG.

³³ Krejci, ZAS 2010, 249 (252); Karollus, RdM 2011, 192 (193); Ratka in Stöger/Zahl, ÄrzteG § 52a Rz 12; Wallner in GmundKomm² § 52c ÄrzteG Rz 8; Karollus in Resch/Wallner, Handbuch Medizinrecht³ Kap XXX Rz 12: „für diese Auslegung spricht der offenkundige Gesetzeszweck, eine Verknüpfung von Gruppenpraxen mit Gewinninteressen Dritter generell zu verhindern“; Wiedenbauer in Wiedenbauer/Kanduth-Kristen/Grün/Hofer, Die Ärzte-GmbH Rz 122; Wallner, Handbuch Ärztliches Berufsrecht 96; Fantur, GES 2010, 155 (158); Zahl, RdM 2011, 77 (78).

³⁴ Gerade dieser Verweis auf partiarische Darlehen schürt allerdings Zweifel an der Argumentation der hL: Denn auch in „regulären“ (fix oder variabel verzinslichen) Darlehensverträgen werden von Kreditinstituten oftmals vertragliche Zusagen verlangt, gewisse Geschäftsführungsmaßnahmen – etwa die Veräußerung oder Verpfändung wesentlicher Vermögensbestandteile, etc – bloß mit Zustimmung des Darlehensgebers vorzunehmen. Man sieht: Auch hier wird – völlig unabhängig von einer Gewinn- oder Umsatzbeteiligung – Einfluss auf Geschäftsführungsmaßnahmen genommen.

³⁵ Krejci, ZAS 2010, 249 (252); vgl auch Wiedenbauer in Wiedenbauer/Kanduth-Kristen/Grün/Hofer, Die Ärzte-GmbH Rz 123; Sieh/Lumsden, ecolx 2010, 1120 (1121).

geschlossen ist, sollte eine solche Beteiligung uE zulässig sein. Diesfalls wäre allerdings auch eine Beteiligung eines Dritten an einer Ärzte-FlexCo als Unternehmenswert-Beteiligter zulässig: Denn es gehört zum Grundkonzept von Unternehmenswert-Anteilen, dass damit grds keine Stimmrechte verbunden sind und keine Einflussmöglichkeiten auf die Geschäftsführung (und insbesondere nicht auf die ärztliche Berufsausübung) eröffnet werden.

Wann kann die Ausgabe von Unternehmenswert-Anteilen daher Sinn bei einer Ärzte-FlexCo machen?

Interessant kann die Ausgabe von Unternehmenswert-Anteilen an Gesellschafter etwa insofern sein, als dadurch eine höhere finanzielle Beteiligung eines (oder mehrerer) Gesellschafter am Gewinn, Wert der Gruppenpraxis und Liquidationserlös bei grundsätzlich gleichbleibendem Stimmgewicht bewirkt wird. Etwa könnte die Ausgabe von Unternehmenswert-Anteilen an Gesellschafter (zusätzlich zum „regulären“ Geschäftsanteil) vom Erreichen bestimmter finanzieller Ziele abhängig gemacht werden.

Dies kann gesonderte (gesellschafts- oder syndikats-)vertragliche Vereinbarungen über eine von den Geschäftsanteilen abweichende Gewinnverteilung zwischen den Gesellschaftern, Liquidationspräferenzen oder unterschiedliche Beteiligungen an einem Verkaufserlös der Gesellschaft wirtschaftlich ersetzen.

c) Flexible Kapitalmaßnahmen/Finanzierungsmöglichkeiten

Wie bereits zuvor erörtert, zeichnet sich die FlexCo auch dadurch aus, dass sie im Vergleich zur GmbH zusätzliche Flexibilität schafft und Gestaltungsmöglichkeiten eröffnet, die bislang nur Aktiengesellschaften vorbehalten waren.

Dazu zählen flexible Kapitalmaßnahmen, wie Kapitalerhöhungen durch „genehmigtes Kapital“³⁶, „bedingtes Kapital“³⁷ und durch „genehmigtes bedingtes Kapital“.³⁸ Beim „genehmigten Kapital“ wird die Geschäftsführung durch Gesellschafterbeschluss³⁹ ermächtigt, innerhalb eines Zeitraums von maximal fünf Jahren eine Kapitalerhöhung durchzuführen, ohne dass es dafür eines weiteren Beschlusses der Gesellschafter bedarf.⁴⁰ Beim „bedingten Kapital“ beschließen die Gesellschafter eine Kapitalerhöhung, die nur bei Eintritt bestimmter Bedingungen durchgeführt wird. Eine solche bedingte Kapitalerhöhung ist nur zu drei, im Gesetz explizit aufgezählten Zwecken zulässig, nämlich (i) zur Gewährung von Umtausch- oder Bezugsrechten an Gläubiger von Finanzierungsinstrumenten mit entsprechenden Rechten, (ii) zur Vorbereitung des Zusammenschlusses mehrerer Unternehmungen und (iii) zur Einräumung von Anteilsoptionen an Arbeitnehmer, leitende Angestellte sowie Mitglieder der Geschäftsführung und des Aufsichtsrats der Gesellschaft oder eines mit ihr verbundenen Unternehmens.⁴¹ Beim „genehmigten bedingten Kapital“ können die Gesellschafter die Geschäftsführung ermächtigen, eine bedingte Kapitalerhöhung durchzuführen, allerdings nur zum Zweck der Einräumung von Anteilsoptionen an Arbeitnehmer, leitende Angestellte sowie Mitglieder der Geschäftsführung.⁴² Zu beachten ist in all diesen Fällen, dass dadurch der Geschäftsführung ein erhebliches Machtpotential (inklusive zur Verwässerung der bisherigen Gesellschafter!) eingeräumt wird.

Neben den drei genannten Formen der Kapitalerhöhung ist auch die Ausgabe von Finanzierungsinstrumenten, bei denen den Gläubigern ein Umtausch- oder Bezugsrecht auf Anteile eingeräumt wird oder bei denen die Rechte von Gläubigern mit Gewinnanteilen von Gesellschaftern in Verbindung gebracht werden (zB Wandel- und Gewinnschuldverschreibungen), sowie von Genussrechten explizit zulässig.⁴³

All diesen Formen der Kapitalmaßnahmen ist gemein, dass sie die Ausgabe neuer Geschäftsanteile oder die Kapitalbeschaffung durch die Gesellschaft erleichtern sollen. Diese Maßnahmen ermöglichen es der Geschäftsführung einer FlexCo somit, flexibel auf Finanzierungserfordernisse zu reagieren und diese rasch überbrücken zu können,⁴⁴ indem der Beitritt von Kapitalgebern erleichtert wird.

All dies ist jedoch wiederum vor dem für Gruppenpraxen geltenden rechtlichen Rahmen zu betrachten, und somit vor dem Umstand, dass nach dem ÄrzteG nur zur selbstständigen Berufsausübung berechtigte Ärzte Gesellschafter einer Gruppenpraxis sein dürfen (und diese maßgeblich zur persönlichen Berufsausübung in der Gesellschaft verpflichtet sind⁴⁵).

Nach dieser Maßgabe – nämlich, dass sich nur Ärzte an der FlexCo beteiligen dürfen – bieten die oben genannten Kapitalmaßnahmen dennoch einen nicht unbedeutenden Spielraum für Gruppenpraxen, falls Bedarf nach zusätzlichem Kapital besteht (etwa bei erheblichem Investitionsbedarf) oder diese in eine finanzielle Schieflage zu geraten drohen: Denn dann können neue potentielle (Ärzte-)Kapitalgeber vergleichsweise rasch gefunden und Kapitalmaßnahmen und Finanzierungsinstrumente (zB Wandelschuldverschreibungen) mit diesen rasch (auch auf Gesellschafterebene!) umgesetzt werden.

d) (Zwangs-)Einziehung von Geschäftsanteilen

Eine weitere Möglichkeit, die die FlexCo im Vergleich zur GmbH bietet, ist jene zur Einziehung von Geschäftsanteilen.⁴⁶ Damit ist die „Vernichtung“ dieser Anteile gemeint, was im Ergebnis einer Kapitalherabsetzung gleicht.⁴⁷ Grundsätzlich gibt es zwei Möglichkeiten der Einziehung: zum einen die Einziehung von Anteilen, die die Gesellschaft zuvor selbst erworben hat (Einziehung von eigenen Anteilen⁴⁸) und zum anderen die Einziehung von Anteilen, die nicht der Gesellschaft selbst, sondern einem Gesell-

³⁶ § 21 FlexKapGG.

³⁷ § 19 FlexKapGG.

³⁸ § 19 Abs 2 FlexKapGG.

³⁹ Der Gesellschafterbeschluss ist mit einer Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen zu fassen (§ 21 Abs 2 FlexKapGG iVm § 1 Abs 2 FlexKapGG iVm § 50 Abs 1 GmbHG).

⁴⁰ Siehe zum genehmigten Kapital im Detail *Kinsky/Kurz in Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky*, Flexible Kapitalgesellschaft Rz 13.2ff; *Napokoj in Rastegar/Rastegar/Rastegar*, FlexKapGG-ON^{1.00} § 21 Rz 1ff; *Hule in Schneeweiss/Hule*, FlexKapGG § 21 Rz 1ff; *Moser in Wünscher*, FlexKapGG § 21 Rz 1ff.

⁴¹ Siehe zur bedingten Kapitalerhöhung im Detail *Kinsky/Kurz in Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky*, Flexible Kapitalgesellschaft Rz 13.19ff; *Gall/Messner-Kreuzbauer in Rastegar/Rastegar/Rastegar*, FlexKapGG-ON^{1.00} § 19 Rz 1ff; *Regal in Schneeweiss/Hule*, FlexKapGG § 19 Rz 1ff; *Moser in Wünscher*, FlexKapGG §§ 19, 20 Rz 1ff.

⁴² Siehe zum genehmigten bedingten Kapital im Detail *Kinsky/Kurz in Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky*, Flexible Kapitalgesellschaft Rz 13.41ff; *Gall/Messner-Kreuzbauer in Rastegar/Rastegar/Rastegar*, FlexKapGG-ON^{1.00} § 19 Rz 87ff; *Regal in Schneeweiss/Hule*, FlexKapGG § 19 Rz 61ff; *Moser in Wünscher*, FlexKapGG §§ 19, 20 Rz 38ff.

⁴³ § 22 FlexKapGG; s dazu *Kinsky/Kurz in Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky*, Flexible Kapitalgesellschaft Rz 14.1ff; *N. Frizberg in Rastegar/Rastegar/Rastegar*, FlexKapGG-ON^{1.00} § 22 Rz 1ff; *Weixelbaum in Schneeweiss/Hule*, FlexKapGG § 22 FlexKapGG Rz 1ff; *Gruber in Wünscher*, FlexKapGG § 22 Rz 1ff.

⁴⁴ *A. Reich-Rohrwig in Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky*, Flexible Kapitalgesellschaft Rz 1.22.

⁴⁵ § 52 a Abs 3 Z 6 ÄrzteG.

⁴⁶ § 23 FlexKapGG.

⁴⁷ *Kinsky/Kurz in Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky*, Flexible Kapitalgesellschaft Rz 16.1; *Wünscher in Wünscher*, FlexKapGG §§ 23, 24 Rz 3f.

⁴⁸ Die FlexCo ermöglicht – anders als die GmbH – auch den Erwerb und die Veräußerung von eigenen Geschäftsanteilen (§ 15 FlexKapGG); s dazu *Kinsky/Kurz in Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky*, Flexible Kapitalgesellschaft Rz 15.1ff; *H. Foglar-Deinhardstein in Rastegar/Rastegar/Rastegar*, FlexKapGG-ON^{1.00} § 15 Rz 1ff; *Schneeweiss in Schneeweiss/Hule*, FlexKapGG § 15 Rz 1ff; *Wünscher/Spitznagel/Gottardi in Wünscher*, FlexKapGG § 15 Rz 1ff.

schafter gehören (Zwangseinziehung). Beide Formen der Einziehung sind auch im Rahmen einer Ärzte-FlexCo möglich. Eine Zwangseinziehung von Geschäftsanteilen kann für eine Gruppenpraxis praktisch bedeutsame Vorteile mit sich bringen, da sie den Ausschluss von Gesellschaftern erleichtert und dabei auch steuerliche Vorteile bietet.

In einer GmbH werden für den Fall des Ausschlusses eines Gesellschafters regelmäßig Aufgriffsrechte im Gesellschaftsvertrag verankert, die im Wesentlichen vorsehen, dass bei Eintritt bestimmter Umstände, die einen Gesellschafter betreffen (Aufgriffsgründe), die übrigen Gesellschafter zum Erwerb seiner Anteile berechtigt sind.⁴⁹ Ein Nachteil dieser Variante liegt jedoch darin, dass die übernehmenden Gesellschafter den Übernahmepreis selbst aufbringen müssen.⁵⁰ Sofern sie dafür etwa frühere, bereits ausgeschüttete Gewinne aus der Gesellschaft verwenden wollen, müsste dafür auch bereits KESt iHv 27,5% abgeführt werden.

Demgegenüber fällt bei der Zwangseinziehung von Geschäftsanteilen keine KESt an, weil die Gesellschaft selbst die Anteile einzieht und somit auch die Abfindung von der Gesellschaft selbst (aus dem Gesellschaftsvermögen) bezahlt wird⁵¹ und insofern keine Dividendenausschüttung notwendig ist. Zu beachten ist insofern allerdings, dass dies nur dann ohne Kapitalherabsetzung möglich ist, wenn die Vergütung für die Geschäftsanteile aus dem (noch nicht ausgeschütteten) Bilanzgewinn oder aus freien Rücklagen bezahlt werden kann; andernfalls wäre grds eine Kapitalherabsetzung nötig.⁵² Im Ergebnis ist diese Art der Abfindung für die Gesellschafter billiger, als wenn diese mit ihren, mit KESt versteuerten, Dividenden bezahlen müssten.

Ein weiterer Vorteil der Zwangseinziehung liegt in der praktischen Vereinfachung und leichteren Abwicklung im Vergleich zu Aufgriffsrechten, da man es sich erspart, einen anderen Gesellschafter allenfalls auf Ausschluss und Übernahme seines Anteils klagen zu müssen⁵³ und in einer Vielzahl von Gesellschaften faktische Schwierigkeiten auftreten, wenn einzelne Gesellschafter nicht „mitziehen“.

Eine Zwangseinziehung ist dann zulässig, wenn sie im ursprünglichen Gesellschaftsvertrag oder durch eine Änderung des Gesellschaftsvertrags vor Übernahme der Geschäftsanteile angeordnet⁵⁴ oder gestattet⁵⁵ war.⁵⁶ Bei einer „angeordneten“ Zwangseinziehung sind alle wesentlichen Punkte der Maßnahme bereits im Gesellschaftsvertrag festgelegt⁵⁷ und es bedarf für die Vollzie-

hung der Einziehung keiner weiteren Beschlussfassung der Gesellschafter. An die Stelle eines Gesellschafterbeschlusses tritt die „Entscheidung“⁵⁸ der Geschäftsführung über die Ausführung der Zwangseinziehung.⁵⁹ Diese unterliegt keinen besonderen Formanforderungen, wohingegen die Ausübung eines Aufgriffsrechts bei der GmbH in der Form eines Notariatsakts zu erfolgen hat.⁶⁰

Die Zwangseinziehung setzt einen wichtigen Grund voraus, der im Gesellschaftsvertrag festgelegt werden muss. Weiters darf kein gelinderes Mittel ausreichend sein und ist eine Interessenabwägung erforderlich.⁶¹ Als Einziehungsgründe kommen insb jene Gründe in Betracht, die sich als Aufgriffsgründe etabliert haben.⁶² Im Zusammenhang mit Gruppenpraxen sind hier etwa folgende Beispiele zu nennen:

- ▶ Verlust der ärztlichen Berufsbefugnis;
- ▶ Verwirklichung eines in die Sphäre des Gesellschafters fallenden Grundes, der zum Verlust der Zulassung als Gruppenpraxis führen könnte;
- ▶ (wiederholte) vorsätzliche oder grob fahrlässige Verletzungen von Gesellschafterpflichten;
- ▶ Vorliegen einer über (zB) 6 Monate andauernden Arbeitsunfähigkeit;
- ▶ Verletzung eines Wettbewerbsverbots.

Die Gesellschafter einer Ärzte-FlexCo könnten im Gesellschaftsvertrag daher vorsehen, dass im Fall des Verlustes der ärztlichen Berufsbefugnis eines Gesellschafters⁶³ oder ähnlicher wichtiger Gründe (s die oben genannten Beispiele) dessen Anteile durch die Gesellschaft eingezogen werden. Die Möglichkeit zur Zwangseinziehung von Anteilen stellt insofern einen ganz wesentlichen Vorteil einer Ärzte-FlexCo im Vergleich zur Ärzte-GmbH dar.

In diesem Fall ist an den von der Einziehung betroffenen Gesellschafter eine Ablösesumme (Einziehungsentgelt) zu zahlen. Ist die Höhe des Einziehungsentgelts nicht im Gesellschaftsvertrag bestimmt⁶⁴ (dies ist jedenfalls ratsam!), ist ein angemessenes Entgelt zu leisten, das sich am anteiligen Verkehrswert orientieren wird.⁶⁵ Es kann aber auch ein niedrigeres Entgelt vereinbart werden.⁶⁶

Zu beachten ist, dass auch bei einer FlexCo natürlich die Möglichkeit besteht, im Gesellschaftsvertrag – wie bei einer GmbH –

⁴⁹ Kinsky/Kurz in Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky, Flexible Kapitalgesellschaft Rz 16.8; Koppenwallner in Schneeweiss/Hule, FlexKapGG § 23 Rz 5.

⁵⁰ Kinsky/Kurz in Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky, Flexible Kapitalgesellschaft Rz 16.8.

⁵¹ Kinsky/Kurz in Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky, Flexible Kapitalgesellschaft Rz 16.9.

⁵² Zu weiteren Gestaltungsmöglichkeiten, etwa die Vereinbarung von Zahlungsaufschüben etc, siehe Kinsky/Kurz in Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky, Flexible Kapitalgesellschaft Rz 16.4; J. Reich-Rohrwig, GesRZ 2011, 137 (139, FN 22).

⁵³ Kinsky/Kurz in Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky, Flexible Kapitalgesellschaft Rz 16.9.

⁵⁴ Diesfalls liegt eine „angeordnete“ Zwangseinziehung vor, bei der die Anteile zwingend einzuziehen sind, wenn die im GesV festgelegten Voraussetzungen vorliegen (s dazu etwa Weber in Rastegar/Rastegar/Rastegar, FlexKapGG-ON^{1.00} § 23 Rz 8 ff).

⁵⁵ Diesfalls liegt eine „gestattete“ Zwangseinziehung vor, bei der der GesV zwar eine Zwangseinziehung vorsieht, die konkreten Bedingungen aber offenlässt (s dazu etwa Weber in Rastegar/Rastegar/Rastegar, FlexKapGG-ON^{1.00} § 23 Rz 20 ff).

⁵⁶ § 23 Abs 1 FlexKapGG.

⁵⁷ Konkret sind die Zahl und Individualisierung der einzuziehenden Anteile, die Gründe für die Einziehung, der Zeitpunkt bzw Zeitraum und das Entgelt festzulegen (Weber in Rastegar/Rastegar/Rastegar, FlexKapGG-ON^{1.00} § 23 Rz 8).

⁵⁸ Der Begriff „Entscheidung“ ist insofern missverständlich, als er einen Entscheidungsspielraum der Geschäftsführung indiziert, der bei der angeordneten Zwangseinziehung gerade nicht vorliegt (so auch Koppenwallner in Schneeweiss/Hule, FlexKapGG § 23 Rz 24).

⁵⁹ § 23 Abs 6 FlexKapGG.

⁶⁰ Rauter in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 76 Rz 144 mwN.

⁶¹ Kinsky/Kurz in Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky, Flexible Kapitalgesellschaft Rz 16.14f; Weber in Rastegar/Rastegar/Rastegar, FlexKapGG-ON^{1.00} § 23 Rz 6; s auch ErläutRV 2320 BlgNR 27. GP 15, wonach sich die Zulässigkeit von gesellschaftsvertraglichen Ausschlussrechten an den von Lehre und Rsp zu § 140 UGB entwickelten Kriterien zu orientieren hat.

⁶² Kinsky/Kurz in Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky, Flexible Kapitalgesellschaft Rz 16.15; Koppenwallner in Schneeweiss/Hule, FlexKapGG § 23 Rz 17.

⁶³ Vgl Karollus in Resch/Wallner, Handbuch Medizinrecht³ Kap XXX Rz 13 a, der anmerkt, dass für den Fall, dass ein Gesellschafter nachträglich (durch Verlust der ärztlichen Berufsbefugnis) zum unzulässigen Gesellschafter wird, eine gesellschaftsvertragliche Vorsorge erforderlich sei, um die rechtzeitige Entfernung des unzulässigen Gesellschafter zu ermöglichen.

⁶⁴ Dies ist nur bei der gestatteten Zwangseinziehung möglich.

⁶⁵ Kinsky/Kurz in Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky, Flexible Kapitalgesellschaft Rz 16.17; Weber in Rastegar/Rastegar/Rastegar, FlexKapGG-ON^{1.00} § 23 Rz 23; vgl auch iZm Aufgriffsrechten Rauter in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 76 Rz 158 mwN.

⁶⁶ Kinsky/Kurz in Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky, Flexible Kapitalgesellschaft Rz 16.18. Ob ein gänzlicher Ausschluss eines Einziehungsentgelts zulässig ist, ist in der Literatur zum AktG strittig (s Weber in Rastegar/Rastegar/Rastegar, FlexKapGG-ON^{1.00} § 23 Rz 14; Koppenwallner in Schneeweiss/Hule, FlexKapGG § 23 Rz 22 f mwN).

„klassische“ Aufgriffsrechte der Gesellschafter untereinander zu vereinbaren. In diesem Fall bietet die FlexCo insofern einen weiteren Vorteil, als sie deren Ausübung erleichtert: So ist bei einer FlexCo für die Ausübung von Aufgriffsrechten kein Notariatsakt erforderlich, sondern genügt eine anwaltliche (oder notarielle) Privaturkunde (s dazu gleich unten e)).⁶⁷

e) Erleichterte Formvorschriften – kein Notariatsakt

Ein weiterer Vorteil der FlexCo liegt etwa in der erleichterten Übertragung von Geschäftsanteilen ohne Notariatsakt: Während die Übertragung von Geschäftsanteilen an einer GmbH die Errichtung eines Notariatsakts vor einem Notar erfordert, sind für die Übertragung von Geschäftsanteilen an einer FlexCo auch anwaltliche (oder notarielle) „Privaturkunden“ zulässig.⁶⁸

Das führt nicht bloß zu einer erheblichen Senkung der Kosten bei einer Übertragung von Geschäftsanteilen an einer FlexCo, sondern auch zu einer Vermeidung von allfälligen Nichtigkeitsrisiken, die bei einem Formalfehler des Notariatsakts (etwa bei unterlassener Verlesung⁶⁹) eintreten können. Die Übertragung von Unternehmenswert-Anteilen kann sogar noch einfacher, nämlich in bloßer Schriftform, erfolgen.⁷⁰

f) Vereinfachte Beschlussfassung im Umlaufweg

Weiters bestehen bei einer FlexCo auch Erleichterungen bei der schriftlichen Beschlussfassung im Umlaufweg.

Vorab: Das GmbH-Recht sieht vor, dass eine Beschlussfassung im Umlaufweg nur dann zulässig ist, wenn sämtliche Gesellschafter im Einzelfall einer solchen Form der Beschlussfassung zustimmen. Daher kann letztlich jeder einzelne Gesellschafter eine Abstimmung im Umlaufweg verhindern.

§ 7 FlexKapGG ermöglicht es den Gesellschaftern einer FlexCo nun, im Gesellschaftsvertrag von diesem Erfordernis der Zustimmung jedes Gesellschafters zur Beschlussfassung im Umlaufweg abzugehen, sodass Umlaufbeschlüsse auch gegen den Willen einer Gesellschafterminderheit durchgeführt werden können.⁷¹

g) „Frühe“ Aufsichtsratspflicht

Ein Nachteil der FlexCo im Vergleich zur GmbH liegt allerdings in der früher eintretenden Aufsichtsratspflicht: Anders als die GmbH muss die FlexCo bereits dann einen Aufsichtsrat einrichten, wenn sie als „mittelgroße Kapitalgesellschaft“ im Sinne der Rechnungslegungsvorschriften (§ 221 Abs 2 und 4 UGB) zu qualifizieren ist. Konkret ist ein Aufsichtsrat zu bestellen, sofern zwei der drei folgenden Kriterien in zwei aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren überschritten werden: 5 Mio € Bilanzsumme, 10 Mio € Umsatzerlöse in den zwölf Monaten vor dem Abschlussstichtag und 50 Arbeitnehmer im Jahresdurchschnitt.⁷²

Diese Schlechterstellung der FlexCo im Vergleich zur GmbH dürfte für Gruppenpraxen allerdings nicht von erheblicher Bedeutung sein, da das Gesetz die Größe einer Gruppenpraxis bereits insofern beschränkt, als eine Gruppenpraxis keine Organisationsdichte und -struktur einer Krankenanstalt in der Betriebsform eines selbständigen Ambulatoriums aufweisen darf.⁷³ Die Gruppenpraxis soll also kleiner als ein selbstständiges Ambulatorium sein, weshalb ihr Tätigkeitspotential weitgehend auf jenes der berufsausübenden Gesellschafter und ihrer Hilfskräfte eingeschränkt werden soll.⁷⁴ So ist die Anstellung von Gesellschaftern generell unzulässig⁷⁵ und die Anstellung von Angehörigen anderer Gesundheitsberufe nur beschränkt zulässig.⁷⁶ Zudem stellt der Gesetzgeber die gesetzliche Vermutung auf, dass ein selbständiges Ambulatorium vorliegt, sobald etwa die Zahl der angestellten Angehörigen anderer Gesundheitsberufe, ausgenommen Or-

ditionsgehilfen, 30 übersteigt.⁷⁷ Geht man daher davon aus, dass die Zahl der Arbeitnehmer einer Gruppenpraxis in aller Regel ohnehin unter 50 liegt, müsste eine Ärzte-FlexCo folglich über eine Bilanzsumme von mehr als 5 Mio € verfügen und gleichzeitig mehr als 10 Mio € Umsatzerlöse generieren, um unter die „frühe“ Aufsichtsratspflicht zu fallen.

C. Resümee

Gruppenpraxen konnten bislang in der Rechtsform einer OG oder einer GmbH errichtet werden. Mit 1. 1. 2024 hat der Gesetzgeber nun eine neue, an die GmbH angelehnte, Kapitalgesellschaftsform, die FlexCo, eingeführt. Die Rechtsform der FlexCo steht uE auch für Gruppenpraxen zur Verfügung. Dies ergibt sich aus § 1 Abs 1 FlexKapGG im Zusammenspiel mit der Subsidiaritätsklausel des § 1 Abs 2 FlexKapGG sowie der strukturellen Nähe der FlexCo zur GmbH.

Wenngleich wesentliche Gestaltungsmöglichkeiten der FlexCo im Vergleich zur GmbH, nämlich zum einen die Beteiligung durch Unternehmenswert-Anteile und zum anderen die flexiblen Kapitalmaßnahmen, wie etwa Wandelschuldverschreibungen, aufgrund von berufsrechtlichen Vorgaben im ÄrzteG nur eingeschränkt genutzt werden können (nämlich auf zur selbstständigen Berufsausübung berechnete Ärzte beschränkt sind), bietet eine Ärzte-FlexCo dennoch Vorteile gegenüber der Ärzte-GmbH. Der wesentlichste Vorteil liegt wohl in der Möglichkeit zur Zwangseinziehung von Anteilen, wodurch der Ausschluss eines Gesellschafters praktisch vereinfacht und steuerlich vorteilhaft umgesetzt werden kann.

Plus

ÜBER DIE AUTOR:INNEN

Beide sind bei der CERHA HEMPEL Rechtsanwälte GmbH im Bereich Gesellschaftsrecht/Vertragsrecht/M&A tätig.
E-Mail: alexander.reich-rohrwig@cerhahempel.com;
hannah.gerbl@cerhahempel.com

⁶⁷ Ke. Rastegar in Rastegar/Rastegar/Rastegar, FlexKapGG-ON^{1.00} § 12 Rz 14; Rauter in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 76 Rz 144.

⁶⁸ § 12 FlexKapGG; s dazu etwa J. Reich-Rohrwig in Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky, Flexible Kapitalgesellschaft Rz 7.12 ff.

⁶⁹ OGH 6 Ob 122/21s; OGH 6 Ob 240/20t.

⁷⁰ § 9 Abs 6 FlexKapGG; s dazu J. Reich-Rohrwig in Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky, Flexible Kapitalgesellschaft Rz 8.31 ff; Ke. Rastegar/K. Rastegar/R. Rastegar in Rastegar/Rastegar/Rastegar, FlexKapGG-ON^{1.00} § 9 Rz 213 ff; Jeitler/Juster in Schneeweiss/Hule, FlexKapGG § 9 Rz 58; Hartig in Wünscher, FlexKapGG § 9 Rz 67 ff.

⁷¹ J. Reich-Rohrwig in Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky, Flexible Kapitalgesellschaft Rz 10.67 f.

⁷² § 6 FlexKapGG; s dazu A. Reich-Rohrwig in Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky, Flexible Kapitalgesellschaft Rz 9.1 ff; Told in Rastegar/Rastegar/Rastegar, FlexKapGG-ON^{1.00} § 6 Rz 1 ff; Regal in Schneeweiss/Hule, FlexKapGG § 6 Rz 1 ff; Hammerschmidt in Wünscher, FlexKapGG § 6 Rz 1 ff.

⁷³ § 52a Abs 3 ÄrzteG.

⁷⁴ Krejci, ZAS 2010, 249 (254).

⁷⁵ § 52a Abs 3 Z 7 ÄrzteG.

⁷⁶ Sie ist nur in einem Ausmaß zulässig, das keine Regelung in einer Anstaltsordnung erfordert (§ 52a Abs 3 Z 8 ÄrzteG).

⁷⁷ § 52a Abs 3 Z 8 ÄrzteG.