

FlexCo und Umgründungen – ein Spannungsfeld

Erste Beobachtungen aus der Sicht der Praxis

BEITRAG. Das FlexKapGG verrät nicht viel zur Umgründung von FlexCos. Anhand der bisher veröffentlichten Literatur wird in diesem Beitrag ein Überblick über die verschiedenen Umgründungsmöglichkeiten skizziert.¹⁾ **ecolex 2024/293**



RA Mag. **Heinrich Foglar-Deinhardstein**, LL.M., ist Partner der CERHA HEMPEL Rechtsanwälte GmbH. Er ist Co-Herausgeber von Praxiskommentaren zum GmbHG und zum AktG sowie Co-Autor des Handbuchs Gesellschafterstreit und des Praxisleitfadens Verschmelzung.

A. Ein delikates Thema

Das Thema „FlexCo und Umgründungen“ ist insofern delikates, als das GesRÄG 2023 zu diesem Verhältnis beharrlich schweigt,²⁾ wenn man von den knappen Regelungen zur Umwandlung zw FlexCo und GmbH bzw AG absieht. Bei der Analyse des Spannungsfelds bestehen Berührungspunkte zur umstrittenen Frage, ob die FlexCo eine eigene Rechtsform oder eher eine Sonderform der GmbH sei.³⁾ Für die Qualifikation als Sonderform spricht das Gesetz selbst, das den FlexCo-Gesellschaftern bei der Umwandlung der FlexCo in eine AG ein Austrittsrecht gegen angemessene Barabfindung zubilligt (§ 26 FlexKapGG), während ein solches Austrittsrecht bei der Umwandlung in eine GmbH nicht besteht (§ 25 FlexKapGG).

B. Welche Umgründungsformen sind für die FlexCo zugänglich?

Eine FlexCo kann grds so wie eine GmbH umgegründet werden.

Eine FlexCo kann grds so wie eine GmbH umgegründet werden, wobei die Bestimmungen für

Umgründungen von GmbHs maßgeblich sind, soweit sich nicht aus dem FlexKapGG Besonderheiten ergeben.⁴⁾

1. Verschmelzung

Eine FlexCo kann sich an einer Verschmelzung beteiligen. Das ergibt sich aus der gesetzlich für FlexCos angeordneten Anwendbarkeit des GmbH-Rechts (§ 1 Abs 2 FlexKapGG), wovon auch das für die GmbH geltende Verschmelzungsrecht erfasst ist.⁵⁾

2. Spaltung

Für die Spaltung ergibt sich die Anwendbarkeit für die FlexCo wiederum aus § 1 Abs 2 FlexKapGG. Zum gleichen Ergebnis kommt man über § 1 Abs 1 SpaltG, nach dem alle Kapitalgesellschaften ihr Vermögen nach Maßgabe des SpaltG spalten können.⁶⁾

3. Einbringung

Unter Einbringung kann ein Übereignungsgeschäft des Anteilseigners an die Kapitalgesellschaft *causa societatis* im Wege der Einzelrechtsnachfolge verstanden werden. Nach einer

groben Unterscheidung beschreibt die *Sacheinlage* die Einbringung gegen Anteilsgewähr und der *Sach-Zuschuss* die Einbringung ohne Anteilsgewähr.⁷⁾

Eine FlexCo kann als *übernehmende Gesellschaft* Einbringungen übernehmen, wobei bei Sachgründungen und Sacheinlagen die entsprechenden Kapitalaufbringungsvorschriften zu erhalten sind. Soweit eine FlexCo an einer anderen Kapitalgesellschaft beteiligt ist, kann sie auch als *einbringende Gesellschaft* Vermögen an diese Kapitalgesellschaft übereignen.

4. Übertragende Umwandlungen nach dem UmwG

Das UmwG ermöglicht Kapitalgesellschaften die *verschmelzende Umwandlung* (Umwandlung auf den Hauptgesellschafter, gleich welcher Rechtsform) und die *errichtende Umwandlung* (Umwandlung auf eine zugleich neu errichtete Personenge-

¹⁾ Aktualisierte Fassung des Vortrags bei der C³FL-Tagung am 4. 12. 2023 in Wien. Für entscheidende Hinweise danke ich Univ.-Prof. Dr. *Chris Thomale*, LL.M., und RA Mag. *Jakob Hartig*, LL.M.

²⁾ *Hartig* in *Wünscher*, FlexKapGG § 9 Rz 126.

³⁾ Für eigene Rechtsform die *Mat* sowie *K. Rastegar*, *ecolex* 2023, 909 (910f); *R. Rastegar* in *Rastegar/Rastegar/Rastegar*, FlexKapGG-ON § 1 Rz 2, 6; *Kinsky/Kurz* in *Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky*, Flexible Kapitalgesellschaft Rz 11f. Für Sonderform der GmbH *Wünscher* in *Wünscher*, FlexKapGG § 1 Rz 8, 11, §§ 23, 24 Rz 46; *Hartig* in *Wünscher*, FlexKapGG § 9 Rz 127, 145, 149; *Hartlieb/Saurer/Zollner*, Anteilsübertragung bei der GmbH, Rz 6,6; *Trenker*, ZIK 2024, 48.

⁴⁾ *Hartig* in *Wünscher*, FlexKapGG § 9 Rz 127. Vgl *J. Reich-Rohrwig*, *ecolex* 2023, 497 (498); *Baumgartner*, NZ 2024, 2 (4).

⁵⁾ *J. Reich-Rohrwig*, *ecolex* 2023, 497 (498); *Kalss*, GesRZ 2023, 345 (347); *Wünscher* in *Wünscher*, FlexKapGG § 1 Rz 11f; *Hartig* in *Wünscher*, FlexKapGG § 9 Rz 137, 140; *A. Reich-Rohrwig* in *Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky*, Flexible Kapitalgesellschaft Rz 1,43, 18,1; *Salzgeber* in *Schneeweiss/Hule*, FlexKapGG § 25 Rz 4.

⁶⁾ *Kalss*, GesRZ 2023, 345 (347); *Wünscher* in *Wünscher*, FlexKapGG § 1 Rz 13f; *Hartig* in *Wünscher*, FlexKapGG § 9 Rz 146; *A. Reich-Rohrwig* in *Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky*, Flexible Kapitalgesellschaft Rz 1,43, 18,1; *Salzgeber* in *Schneeweiss/Hule*, FlexKapGG § 25 Rz 4.

⁷⁾ *H. Foglar-Deinhardstein/Vinazzer*, ÖBA 2016, 486 (488) mwN; *H. Foglar-Deinhardstein/Hartig* in *Kalss/Frotz/Schörghofer*, HB Vorstand Rz 31/137f, 31/140ff; 31/152ff, 31/162ff; *Stanek*, GesRZ 2018, 158 (158f). Allg zum Gesellschafterzuschuss *Elsner*, Nachschussobliegenheit 182f; *Aburumieh/Hoppel*, RdW 2020, 739 (744ff); *T. Hayden/Thorbauer/Gröhs*, PSR 2020, 8 (10ff); *Prinz* in *FAH*, GmbHG² § 72 Rz 7ff.

sellschaft). Als Kapitalgesellschaft fällt nunmehr auch die FlexKapG in den Anwendungsbereich des UmwG.⁸⁾

5. Formwechselnde Umwandlung in eine GmbH oder AG

Ausdrücklich im FlexKapGG geregelt sind die Umwandlungen einer FlexCo in eine GmbH oder AG und jeweils *vice versa*.

Dabei wurde für das Gesetz eine eigene Struktur für die Umwandlung zw FlexCo und GmbH entwickelt, die sich an einer bloßen Satzungsänderung orientiert und damit *ohne* Barabfindungsangebot und Umwandlungsprüfung auskommt.⁹⁾ Wie bereits erwähnt, konterkariert das Gesetz damit doch deutlich das Postulat der Mat, dass die FlexCo eine eigene Rechtsform – und nicht eine Sonderform der GmbH – sei.

Für die Umwandlung zw FlexCo und AG ordnet das FlexKapGG die sinngemäße Anwendung der entsprechenden Regelungen im AktG für die Umwandlung zw GmbH und AG an.

6. Grenzüberschreitende Umgründungen

Das EU-UmgrG regelt *grenzüberschreitende* Umgründungen (*Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen*) von Kapitalgesellschaften mit Sitz in verschiedenen MS. Nach der Definition des § 2 Z 1 EU-UmgrG ist eine Kapitalgesellschaft iSd EU-UmgrG „eine Gesellschaft mit einer Rechtsform, die in Anhang II der Richtlinie (EU) 2017/1132 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts, ABl. Nr L 169 vom 30. 6. 2017 S. 46, genannt wird“. In Anh II der GesR-RL sind für Österreich (derzeit) freilich nur die AG und die GmbH, nicht aber die FlexCo angeführt. Das wäre rein aus Sicht des österr Rechts noch nicht besorgniserregend, weil § 1 Abs 2 FlexKapGG ohnedies die subsidiäre Anwendbarkeit aller für GmbHs geltenden Bestimmungen – und somit auch des EU-UmgrG – anordnet.¹⁰⁾

Jedoch verlangen auch die hinter dem EU-UmgrG stehenden unionsrechtlichen RL-Bestimmungen zu grenzüberschreitenden Umgründungen – namentlich Art 86b Z 1, Art 119 Z 1 lit a und Art 160b Z 1 der GesR-RL idF der MobilitätsRL – für das Vorliegen einer Kapitalgesellschaft iS dieser Bestimmungen eine Nennung in Anh II der GesR-RL.¹¹⁾ Steht die FlexCo damit derzeit außerhalb des Anwendungsbereichs der unionsrechtlichen Regeln für grenzüberschreitende Umgründungen? Und sind grenzüberschreitende Umgründungen auf europarechtlicher Basis somit für die FlexCo bis zu ihrer Aufnahme in Anh II verschlossen?

Zumindest für die grenzüberschreitende Verschmelzung bietet Art 119 Z 1 lit b der GesR-RL den Ausweg. Nach dieser lit sind nämlich grenzüberschreitende Verschmelzungen generell und unabhängig von einer Nennung in Anh II für jede Gesellschaft zulässig, die Rechtspersönlichkeit besitzt und über gesondertes Gesellschaftskapital verfügt, das allein für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet, und die nach dem für sie maßgebenden nationalen Recht bestimmte Schutzbestimmungen im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter einhalten muss. Die FlexCo kann somit auch ohne Nennung in Anhang II auf Basis der GesR-RL und des EU-UmgrG grenzüberschreitend verschmolzen werden.¹²⁾

Für die grenzüberschreitende Umwandlung (Sitzverlegung) oder Spaltung gibt es aber keine Parallelbestimmung zu Art 119 Z 1 lit b der GesR-RL. Hier bleibt vorerst nur die Position, dass Anh II lediglich deklarativen Charakter hat und die FlexCo ohnedies in diesen Anh aufzunehmen sein wird,¹³⁾ wobei man angesichts seines deklarativen Charakters „den Anhang II bereits vor seiner Anpassung [...] im Wege systematischer

Richtlinienauslegung um neue Kapitalgesellschaftsformen sachgedanklich ergänzt ansehen dürfen“ wird.¹⁴⁾

7. Anwachsung gem § 142 UGB

Eine FlexCo kann das Vermögen einer Personengesellschaft – zB einer FlexCo & Co KG¹⁵⁾ – im Wege der Anwachsung gem § 142 UGB übernehmen.¹⁶⁾

8. Squeeze-out gem GesAusG

Das GesAusG ist auf AGs und GmbHs anwendbar. Über den Verweis in § 1 Abs 2 FlexKapGG gilt das Gesetz daher auch für die FlexCo.¹⁷⁾

C. Bei welchen FlexCo-Umgründungen besteht ein Austrittsrecht?

§ 15 Abs 1 Z 3 FlexKapGG gestattet der FlexCo – bei Einhaltung gewisser Voraussetzungen – den Erwerb eigener Anteile zur Entschädigung von Minderheitsgesellschaftern. Entgegen dem weiten Wortlaut hat die Bestimmung – ebenso wie § 81 S 3 Fall 3 GmbHG – nur einen relativ engen Anwendungsbereich, und zwar im Umgründungsrecht.¹⁸⁾ Durch das Austrittsrecht soll dem jeweiligen Anteilseigner ermöglicht werden, im Zuge einer Umgründung, die den Gehalt seiner bisherigen Mitgliedschaftsrechte fundamental modifiziert, seine Beteiligung gegen baren Wertausgleich abstoßen zu können. Der Zweck des Austrittsrechts ist also der Schutz der Minderheit gegen Eingriffe in die Mitgliedschaftsrechte durch Mehrheitsbeschluss. Folgt aus der Natur der Umgründung kein derartiger Eingriff (zB innerösterreichische Verschmelzung einer FlexCo auf eine andere FlexCo oder auch auf eine GmbH), sieht das Gesetz auch kein Austrittsrecht vor.

⁸⁾ *Wünscher* in *Wünscher*, FlexKapGG § 1 Rz 15; *Hartig* in *Wünscher*, FlexKapGG § 9 Rz 150; *A. Reich-Rohrwig* in *Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky*, Flexible Kapitalgesellschaft Rz 1.43, 18.1; *Salzgeber* in *Schneeweiss/Hule*, FlexKapGG § 25 Rz 4. Vgl *Baumgartner*, NZ 2024, 2 (4).

⁹⁾ *Sauer/Hiermann* in *Wünscher*, FlexKapGG § 25 Rz 20, 41.

¹⁰⁾ Vgl *Hartig* in *Wünscher*, FlexKapGG § 9 Rz 153; *A. Reich-Rohrwig* in *Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky*, Flexible Kapitalgesellschaft Rz 1.43, 18.1; *Regal* in *Schneeweiss/Hule*, FlexKapGG § 6 Rz 12; *Salzgeber* in *Schneeweiss/Hule*, FlexKapGG § 25 Rz 4.

¹¹⁾ Dies – va auch aus der Sicht der Praxis – problematisierend *Wünscher* in *Wünscher*, FlexKapGG § 1 Rz 16ff.

¹²⁾ *Thomale*, JBl 2021, 621 (626, 628, 636); *Wünscher* in *Wünscher*, FlexKapGG § 1 Rz 17.

¹³⁾ *Thomale*, JBl 2021, 621 (631f, 635f); *Told* in *Rastegar/Rastegar/Rastegar*, FlexKapGG-ON § 6 Rz 19.

¹⁴⁾ *Thomale*, JBl 2021, 621 (632).

¹⁵⁾ *Allg R. Rastegar* in *Rastegar/Rastegar/Rastegar*, FlexKapGG-ON § 1 Rz 17; *Wünscher* in *Wünscher*, FlexKapGG § 1 Rz 20; *H. Foglar-Deinhardstein* in *Rastegar/Rastegar/Rastegar*, FlexKapGG-ON § 15 Rz 126f.

¹⁶⁾ *Salzgeber* in *Schneeweiss/Hule*, FlexKapGG § 25 Rz 4.

¹⁷⁾ *Eckert/Sternig*, *ecolex* 2023, 917 (922); *Steiner*, *GES* 2023, 216 (220); *Hartig* in *Wünscher*, FlexKapGG § 9 Rz 155; *Wünscher* in *Wünscher*, FlexKapGG §§ 23, 24 Rz 46; *A. Reich-Rohrwig* in *Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky*, Flexible Kapitalgesellschaft Rz 1.43; *J. Reich-Rohrwig/A. Reich-Rohrwig* in *Reich-Rohrwig/Reich-Rohrwig/Kinsky*, Flexible Kapitalgesellschaft Rz 6.89ff; *Salzgeber* in *Schneeweiss/Hule*, FlexKapGG § 25 Rz 5; *Baumgartner*, NZ 2024, 2 (5); *H. Foglar-Deinhardstein* in *Rastegar/Rastegar/Rastegar*, FlexKapGG-ON § 15 Rz 128.

¹⁸⁾ *H. Foglar-Deinhardstein* in *Rastegar/Rastegar/Rastegar*, FlexKapGG-ON § 15 Rz 57.

1. FlexCo-Umgründungen, bei denen ein Austrittsrecht besteht

Bei folgenden (für die FlexCo relevanten) Umgründungen billigt das Gesetz den *dissentierenden Anteilseignern der übertragenden/umzuwandelnden Gesellschaft* ein (idR) zwingendes Austrittsrecht (*Sell-out*) zu:¹⁹⁾

Rechtsformübergreifende *Verschmelzung* zw FlexCo und AG (§ 234b AktG; dieses Austrittsrecht kann jedoch gesellschaftsvertraglich abbedungen werden²⁰⁾) und mE auch *grenzüberschreitende Export-Dreiecksverschmelzung*.²¹⁾

nicht verhältnismäßige *Spaltung* (§ 9 SpaltG);

rechtsformübergreifende *Spaltung* zw FlexCo und AG (§ 11 SpaltG);

rechtsformwechselnde (identitätswahrende) *Umwandlung* zw FlexCo und AG (§§ 244, 253 iVm 234b AktG, § 26 FlexKapGG; dieses Austrittsrecht kann jedoch gesellschaftsvertraglich abbedungen werden²²⁾);

grenzüberschreitende Export-Umwandlung (§ 17 EU-UmgrG);

grenzüberschreitende Export-Verschmelzung (§ 40 EU-UmgrG);

grenzüberschreitende Export-Spaltung (§ 57 EU-UmgrG).

2. Kein Austrittsrecht bei Umgründungen zw FlexCo und GmbH

Wie erwähnt, gibt es bei der *identitätswahrenden Umwandlung* zw FlexCo und GmbH gem § 25 FlexKapGG kein Austrittsrecht.²³⁾

Daraus kann wertungsmäßig abgeleitet werden, dass die FlexCo auch im *Verschmelzungsrecht* als *GmbH anzusehen* ist, weshalb bei einer Verschmelzung unter Beteiligung einer AG und einer FlexCo die Bestimmungen zur *rechtsformübergreifenden Verschmelzung* der §§ 234ff AktG samt (dispositivem) Austrittsrecht gegen Barabfindung zur Anwendung kommen.²⁴⁾ Eine Verschmelzung unter Beteiligung einer GmbH und einer FlexCo entspricht hingegen strukturell einer *Verschmelzung zw zwei GmbHs*; dasselbe gilt bei einer Verschmelzung zweier FlexCos. Bei einer Verschmelzung unter ausschließlicher Beteiligung von GmbHs und/oder FlexCos gelten somit die Regeln für die rechtsformübergreifende Verschmelzung gem §§ 234ff AktG nicht.²⁵⁾

Auch bei der *Spaltung* ist die FlexCo als *GmbH zu qualifizieren*. Selbst bei Einstufung der FlexCo als eigene Rechtsform wären die *Bestimmungen zur rechtsformübergreifenden Spaltung* (§ 11 SpaltG) bei Spaltungen zw GmbH und FlexCo *teleologisch zu reduzieren* und gelangten daher nicht zur Anwendung.²⁶⁾ Sehr wohl greift § 11 SpaltG aber naturgemäß bei der rechtsformübergreifenden Spaltung zw FlexCo und AG.²⁷⁾

D. Welche Rechte haben Unternehmenswert-Beteiligte bei der Umgründung der FlexCo?

1. Umwandlung einer FlexCo in eine GmbH

Die Umwandlung einer FlexCo in eine GmbH gem § 25 FlexKapGG ist zweifelsfrei auch zulässig, wenn in der FlexCo Unternehmenswert-Anteile („UWA“) bestehen.²⁸⁾ Als Problem ist freilich zu bedenken, dass der Mindest-Nennbetrag bei UWA nur 1 Cent ist, während bei einer GmbH (i) gem § 6 Abs 1 GmbHG eine Mindeststammeinlage in Höhe von € 70,- erforderlich ist und (ii) gem § 39 Abs 2 GmbHG jedem Gesellschafter zumindest eine Stimme zusteht.²⁹⁾

Dazu kommt, dass – wie oben dargestellt – bei der Umwandlung in eine GmbH kein Austrittsrecht der Gesellschafter vorgesehen ist. Daher bedarf die Umwandlung einer FlexCo in eine GmbH, bei der UWA ausgegeben sind, grds der *individuellen Zustimmung aller Unternehmenswert-Beteiligten* („UWB“) gem § 9 Abs 5 FlexKapGG analog, weil dieser Vorgang einer Umwandlung von UWA in reguläre Geschäftsanteile gem § 9 Abs 9 FlexKapGG praktisch gleichzuhalten ist.³⁰⁾ Für das Erfordernis einer individuellen Zustimmung aller UWB spricht auch § 50 Abs 4 GmbHG, weil bei der Umwandlung einer FlexCo in eine GmbH die Befreiung der UWB von den Ausfallhaftungen gem § 9 Abs 2 Satz 3 FlexKapGG erlischt.³¹⁾

Zwar bestünde bei einer FlexCo mit UWA die Möglichkeit, zunächst die UWA gem § 9 Abs 9 FlexKapGG in reguläre Geschäftsanteile zu konvertieren und erst danach die FlexCo in eine GmbH umzuwandeln. Allerdings wäre bei einem solchen Vorgang die vorgelagerte Umwandlung aller Unternehmenswert-Anteile in reguläre Geschäftsanteile erst recht wieder von der individuellen Zustimmung aller UWB abhängig.³²⁾

Bei Umgründung von FlexCo zu GmbH haben Unternehmenswert-Beteiligte grds ein individuelles Zustimmungsrecht.

Zu dieser durchaus verzwickten Ausgangssituation wird in der Lit eine analoge Anwendung von § 244 AktG bei gleichzeitiger teleologischer Reduktion von § 9 Abs 5

FlexKapGG vorgeschlagen.³³⁾ Im Ergebnis müsste ein UWB – entsprechend seiner individuellen Entscheidung – entweder die (qualifiziert) mehrheitlich beschlossene Umwandlung samt Konvertierung seiner Unternehmenswert-Anteile in Geschäftsanteile hinnehmen oder aber gegen angemessene Barabfindung aus der Gesellschaft ausscheiden („Umwandeln oder Ausscheiden“).³⁴⁾ Dieses Konzept solle sicherheitshalber und zur

¹⁹⁾ H. Foglar-Deinhardstein in Rastegar/Rastegar/Rastegar, FlexKapGG-ON § 15 Rz 57.

²⁰⁾ Hartig in Wünscher, FlexKapGG § 9 Rz 144.

²¹⁾ Zur Barabfindung beim Triangular Merger H. Foglar-Deinhardstein, GesRZ 2012, 326 (331).

²²⁾ Hartig in Wünscher, FlexKapGG § 9 Rz 134.

²³⁾ Sauer/Hiermann in Wünscher, FlexKapGG § 25 Rz 20, 41; Baumgartner, NZ 2024, 2 (3).

²⁴⁾ Wünscher in Wünscher, FlexKapGG § 1 Rz 12.

²⁵⁾ Wünscher in Wünscher, FlexKapGG § 1 Rz 12; Hartig in Wünscher, FlexKapGG § 9 Rz 145; Baumgartner, NZ 2024, 2 (3).

²⁶⁾ Wünscher in Wünscher, FlexKapGG § 1 Rz 14; Hartig in Wünscher, FlexKapGG § 9 Rz 149; Baumgartner, NZ 2024, 2 (3).

²⁷⁾ Wünscher in Wünscher, FlexKapGG § 1 Rz 14; Hartig in Wünscher, FlexKapGG § 9 Rz 148.

²⁸⁾ Hartig in Wünscher, FlexKapGG § 9 Rz 129.

²⁹⁾ Hartig in Wünscher, FlexKapGG § 9 Rz 129 FN 119; Etmayer in Rastegar/Rastegar/Rastegar, FlexKapGG-ON § 25 Rz 16f. Vgl Baumgartner, NZ 2024, 2 (11).

³⁰⁾ Hartig in Wünscher, FlexKapGG § 9 Rz 130; Sauer/Hiermann in Wünscher, FlexKapGG § 25 Rz 13; Sauer/Hiermann, GesRZ 2023, 367 (372); Etmayer in Rastegar/Rastegar/Rastegar, FlexKapGG-ON § 25 Rz 16f; Baumgartner, NZ 2024, 2 (4). AA K. Rastegar/K. Rastegar/R. Rastegar in Rastegar/Rastegar/Rastegar, FlexKapGG-ON § 9 Rz 184, unter Hinweis auf die Barabfindung, die den UWB bei der Umwandlung in eine GmbH aber mangels Austrittsrechts gerade nicht zusteht.

³¹⁾ Hartig in Wünscher, FlexKapGG § 9 Rz 131; Baumgartner, NZ 2024, 2 (6).

³²⁾ Hartig in Wünscher, FlexKapGG § 9 Rz 132; Baumgartner, NZ 2024, 2 (5f).

³³⁾ Baumgartner, NZ 2024, 2 (7f).

³⁴⁾ Baumgartner, NZ 2024, 2 (7f). Zust Salzgeber in Schneeweiss/Hule, FlexKapGG § 25 Rz 17.

Förderung der Transparenz ausdrücklich im Gesellschaftsvertrag verankert werden.³⁵⁾

ME kann eine solche Satzungsklausel durchaus (auch) als zulässige gesellschaftsvertragliche Konkretisierung der *Treuepflichten*,³⁶⁾ die die UWB treffen sollen, gesehen werden.³⁷⁾ Zur Absicherung wäre an *satzungsmäßige* (oder syndikatsvertragliche) *Aufgriffsrechte und -pflichten* zu denken, die die Gesellschaft im Fall der bevorstehenden Umwandlung in eine GmbH zum Erwerb der UWA gegen Zahlung einer angemessenen Barabfindung berechtigen und verpflichten.³⁸⁾ Aus § 15 Abs 1 Z 6 FlexKapGG ergibt sich ohnedies, dass eine FlexCo (bei Einhaltung der gesetzl Voraussetzungen) grds zweckneutral – und damit auch zur Vorbereitung der Umwandlung einer FlexCo in eine GmbH – UWA erwerben darf.³⁹⁾

Bedenkenswert ist ferner, dass gem § 9 Abs 5 Satz 3 FlexKapGG die Zustimmung der UWB zur Änderung ihrer Rechte *nicht* erforderlich ist, wenn (a) im Gesellschaftsvertrag die *Gleichbehandlung* der UWB *mit den Gründungsgesellschaftern* vorgesehen ist und (b) bei Einräumung der UWA *vorbehalten* worden ist, dass später ausgegebenen Anteilen eine *vorrangige Rechtsposition* eingeräumt werden kann. Sind derartige Regelungen vorhanden und werden sie bei der Umsetzung einer Umwandlung eingehalten, liegt der Gedanke nahe, dass auch *keine Zustimmung* der UWB zur Umwandlung der FlexCo notwendig ist. Dies ist jedoch umstritten.⁴⁰⁾

Ohnedies unbenommen ist naturgemäß grds – bei Erfüllung der jeweiligen anwendbaren Voraussetzungen – die Trennung von den UWB durch einen *Squeeze-out* gem GesAusG oder eine *Einziehung* gem §§ 23f FlexKapGG.⁴¹⁾

2. Umwandlung einer FlexCo in eine AG

Die Umwandlung einer FlexCo, bei der UWA ausgegeben sind, in eine AG ist *zulässig*, *ohne* dass generell die *individuelle Zustimmung der UWB* erforderlich wäre. Im Sinne von § 9 Abs 4 S 2 FlexKapGG haben die UWB beim Umwandlungsbeschluss kein Stimmrecht. Anders als bei der Umwandlung einer FlexCo in eine GmbH kommt nämlich den UWB bei der Umwandlung in eine AG immer gem § 26 Abs 1 FlexKapGG iVm § 253 AktG ein *Austrittsrecht gegen Barabfindung* zu (sofern dieses nicht mit Zustimmung aller Gesellschafter [inkl der UWB] gesellschaftsvertraglich abbedungen wurde⁴²⁾), wenn sie der Umwandlung widersprechen – wofür wiederum das Bestehen eines Stimm- oder Zustimmungsrechts nicht erforderlich ist.⁴³⁾

Im Detail umstritten ist, inwiefern die *individuelle Zustimmung* aller UWB zur Umwandlung in eine AG gem § 26 Abs 1 FlexKapGG iVm § 245 Abs 2 AktG und § 99 GmbHG erforderlich sein kann, etwa wenn die Rechte, die den UWB gem § 10 (Mitverkaufsrecht), § 11 (Veräußerungsoption für Mitarbeiter) und gem § 9 Abs 3 (Beteiligung am Bilanzgewinn und Liquidationserlös) FlexKapGG im Gesellschaftsvertrag zu gewähren sind, den bisherigen UWB in der AG nicht in gleichwertiger Weise gewährt werden.⁴⁴⁾

3. Verschmelzung einer FlexCo

a) FlexCo als übernehmende Gesellschaft

Eine FlexCo mit UWA kann bei einer Verschmelzung *als übernehmende Gesellschaft* fungieren. Den UWB kommt beim Verschmelzungsbeschluss grds *kein Stimmrecht* zu.⁴⁵⁾

Die *individuelle Zustimmung* der UWB könnte jedoch trotzdem notwendig sein, wenn sich dies aus § 99 GmbHG ergibt

(etwa gem § 99 Abs 2 GmbHG, wenn der Gesellschaftsvertrag der übernehmenden FlexCo ein persönliches Zustimmungsrecht von UWB bei Übertragung von Geschäftsanteilen vorsieht).⁴⁶⁾ Aus § 99 Abs 5 GmbHG folgt hingegen kein Zustimmungsrecht von UWB, weil diese gem § 9 Abs 2 Satz 3 FlexKapGG keine Ausfallhaftung nach § 70 GmbHG trifft.⁴⁷⁾

b) FlexCo als übertragende Gesellschaft

Eine FlexCo mit UWA kann auch *als übertragende Gesellschaft* an einer Verschmelzung beteiligt sein. Den UWB kommt bei einer solchen Verschmelzung gem § 9 Abs 4 Satz 2 FlexKapGG – zumindest grds – *kein Stimmrecht* zu.⁴⁸⁾

Eine *individuelle Zustimmung* der UWB zur Verschmelzung kann aber notwendig sein, wenn dies aus § 99 GmbHG folgt (zB gem § 99 Abs 1 GmbHG, wenn es in der übernehmenden Gesellschaft zu den Rechten, die den UWB gem § 10 [Mitverkaufsrecht], § 11 [Veräußerungsoption für Mitarbeiter] oder § 9 Abs 3 [Beteiligung am Bilanzgewinn und Liquidationserlös] FlexKapGG im Gesellschaftsvertrag der übertragenden FlexCo zu gewähren sind, keine gleichwertige Entsprechung gibt, oder gem § 99 Abs 4 GmbHG, wenn die Geschäftsanteile der übertragenden FlexCo frei übertragbar, jene der übernehmenden Gesellschaft aber nicht frei übertragbar sind).⁴⁹⁾

Für *Verschmelzungen zw mehreren FlexCos* ergibt sich aus § 99 Abs 5 GmbHG kein individuelles Zustimmungsrecht von UWB einer übertragenden FlexKapG, weil diese gem § 9 Abs 2 S 3 FlexKapGG – bei Erhalt neuer UWA an der übernehmenden

³⁵⁾ Baumgartner, NZ 2024, 2 (11). Zust Salzgeber in Schneeweiss/Hule, FlexKapGG § 25 Rz 17.

³⁶⁾ Vgl allg Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht², Rz 3/165; H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG² § 82 Rz 10 mwN.

³⁷⁾ Erwägend, dass Nichterteilung der Zustimmung nach § 9 Abs 5 FlexKapGG treuwidrig sein könne, K. Rastegar/K. Rastegar/R. Rastegar in Rastegar/Rastegar/Rastegar, FlexKapGG-ON § 9 Rz 176.

³⁸⁾ Ähnlich Durstberger/Rieder, RdW 2024, 160 (165f). Zur Zulässigkeit von Aufgriffsrechten auf UWA Zollner, ÖJZ 2023, 904 (907); K. Rastegar/K. Rastegar/R. Rastegar in Rastegar/Rastegar/Rastegar, FlexKapGG-ON § 9 Rz 225f, 249; Hartlieb/Sauer/Zollner, Anteilsübertragung bei der GmbH, Rz 9:81. Differenzierend Baumgartner, NZ 2024, 2 (9f); Hartlieb, wbl 2023, 665 (672f). Siehe auch allg H. Foglar-Deinhardstein/Feldscher in Adensamer/Mitterecker, HB Gesellschafterstreit Rz 11/63ff, 11/112ff.

³⁹⁾ H. Foglar-Deinhardstein, ÖJZ 2023, 911 (915); H. Foglar-Deinhardstein in Rastegar/Rastegar/Rastegar, FlexKapGG-ON § 15 Rz 79; Wünscher/Spitznagel/Gottardi in Wünscher, FlexKapGG § 15 Rz 19. Vgl auch Wünscher in Wünscher, FlexKapGG §§ 23, 24 Rz 49.

⁴⁰⁾ Kein Zustimmungserfordernis: Told, ÖJZ 2024, 897 (900, 903f). Dennoch Zustimmungserfordernis: Eckert/Sternig, eclex 2023, 917 (921f); Hartig in Wünscher, FlexKapGG § 9 Rz 64 (insb FN 67), 130.

⁴¹⁾ Eckert/Sternig, eclex 2023, 917 (922). Vgl Hartig in Wünscher, FlexKapGG § 9 Rz 155; Wünscher in Wünscher, FlexKapGG §§ 23, 24 Rz 47; K. Weber in Rastegar/Rastegar/Rastegar, FlexKapGG § 23 Rz 2. Differenzierend Baumgartner, NZ 2024, 2 (5, 9f).

⁴²⁾ Hartig in Wünscher, FlexKapGG § 9 Rz 134, insb auch FN 123.

⁴³⁾ Hartig in Wünscher, FlexKapGG § 9 Rz 134; Eckert/Sternig, eclex 2023, 917 (922); Sauer/Hiermann in Wünscher, FlexKapGG § 26 Rz 23; Sauer/Hiermann, GesRZ 2023, 367 (372); Etmayer in Rastegar/Rastegar/Rastegar, FlexKapGG-ON § 26 Rz 20.

⁴⁴⁾ Näher Hartig in Wünscher, FlexKapGG § 9 Rz 135; Sauer/Hiermann in Wünscher, FlexKapGG § 26 Rz 23. Vgl Etmayer in Rastegar/Rastegar/Rastegar, FlexKapGG-ON § 26 Rz 20.

⁴⁵⁾ Hartig in Wünscher, FlexKapGG § 9 Rz 137.

⁴⁶⁾ Hartig in Wünscher, FlexKapGG § 9 Rz 138.

⁴⁷⁾ Hartig in Wünscher, FlexKapGG § 9 Rz 138.

⁴⁸⁾ Hartig in Wünscher, FlexKapGG § 9 Rz 140.

⁴⁹⁾ Hartig in Wünscher, FlexKapGG § 9 Rz 141.

FlexKapG – jedenfalls keine Ausfallhaftung nach § 70 GmbHG trifft.⁵⁰⁾

Bei der *Verschmelzung* einer FlexCo in eine GmbH besteht kein generelles Austrittsrecht für alle dissentierenden Gesellschafter. Daher ist – so wie auch bei der Umwandlung einer FlexCo in eine GmbH – § 9 Abs 5 FlexKapGG analog anzuwenden, sodass allen UWB grds ein *individuelles Zustimmungsrecht* zukommt.⁵¹⁾ Abhilfe können auch hier Regelungen iSd Konzepts „Umwandeln oder Ausscheiden“⁵²⁾ und/oder gem § 9 Abs 5 S 3 FlexKapGG schaffen (s D.1.).

Bei der *Verschmelzung* einer übertragenden FlexCo auf eine AG als übernehmende Gesellschaft steht den UWB gem § 234b AktG ein *Austrittsrecht gegen Barabfindung* zu, sofern dieses Austrittsrecht nicht gesellschaftsvertraglich abbedungen wurde.⁵³⁾

4. Spaltung einer FlexCo

a) Allgemeines

Den UWB kommt beim Spaltungsbeschluss grds *kein Stimmrecht* zu.⁵⁴⁾ Die *individuelle Zustimmung* der UWB kann jedoch gem § 10 SpaltG (etwa wenn für die gem § 9 Abs 3, § 10 und § 11 im Gesellschaftsvertrag vorzusehenden Rechte der UWB keine gleichwertigen Rechte gewährt werden) bzw bei einer Spaltung zur Aufnahme (hinsichtlich der übernehmenden Gesellschaft) auch gem § 99 GmbHG erforderlich sein.⁵⁵⁾

b) Nicht verhältnismäßige Spaltung

Bei einer nicht verhältnismäßigen Spaltung kommt den UWB gem § 9 SpaltG zudem ein *Austrittsrecht gegen Barabfindung* zu.⁵⁶⁾

c) Spaltung einer FlexCo auf eine GmbH

Bei der rechtsformübergreifenden *Spaltung* einer übertragenden FlexCo auf eine übernehmende GmbH besteht kein generelles Austrittsrecht für alle dissentierenden Gesellschafter.⁵⁷⁾ Für UWA ist – wie bei Umwandlung und Verschmelzung in eine GmbH – § 9 Abs 5 analog anzuwenden, sodass allen UWB der übertragenden FlexCo grds ein *individuelles Zustimmungsrecht* zukommt.⁵⁸⁾

Als Ausweg bieten sich – wie bei Umwandlung und Verschmelzung – Regelungen iSd Konzepts „Umwandeln oder Ausscheiden“⁵⁹⁾ und/oder gem § 9 Abs 5 S 3 FlexKapGG an (s D.1.).

d) Spaltung einer FlexCo auf eine AG

Bei der rechtsformübergreifenden *Spaltung* einer übertragenden FlexCo auf eine übernehmende AG kommt § 11 SpaltG zur Anwendung. Dementsprechend steht bei einer solchen Spaltung den UWB ein *Austrittsrecht* (hinsichtlich ihrer geplanten Beteiligung an der AG) gegen angemessene Barabfindung zu.⁶⁰⁾

5. Übertragende Umwandlung einer FlexCo

Für UWB ergeben sich bei einer *verschmelzenden Umwandlung* durch Übertragung des Unternehmens auf den Hauptgesellschafter gem §§ 2ff UmwG keine Besonderheiten.⁶¹⁾

Für eine *errichtende Umwandlung* gem § 5 UmwG ist entweder die Zustimmung aller Gesellschafter oder, wenn ein Gesellschafter alleine eine solche Beteiligung hält, die Zustimmung von neun Zehnteln des gesamten Stammkapitals

erforderlich. Kommt es auf die Zustimmung aller Gesellschafter an, haben somit grds auch alle UWB der Umwandlung *individuell zuzustimmen*.⁶²⁾ Zu überlegen wären auch hier wiederum Regelungen iSd Konzepts „Umwandeln oder Ausscheiden“⁶³⁾ und/oder gem § 9 Abs 5 S 3 FlexKapGG (s oben D.1.).

6. Grenzüberschreitende Umgründungen

Bei einer grenzüberschreitenden Umwandlung (Sitzverlegung), Verschmelzung oder Spaltung steht den UWB ein Austrittsrecht gegen angemessene Barabfindung zu (§§ 17, 41, 57 EU-UmgrG).⁶⁴⁾

7. Squeeze-out gem GesAusG

Beim Squeeze-out gem GesAusG erhalten die UWB für ihre UWA eine *angemessene Barabfindung*.⁶⁵⁾

Schlussstrich

Für eine FlexCo stehen – neben den im FlexKapGG geregelten formwechselnden Umwandlungen – alle sonstigen – für Kapitalgesellschaften möglichen – Umgründungen offen. Greift die Umgründung fundamental in den Gehalt der Mitgliedschaftsrechte ein, kommt den dissentierenden Gesellschaftern das Recht auf Austritt gegen angemessene Barabfindung zu.

Freilich besteht bei der Umgründung einer FlexCo in eine GmbH prinzipiell kein Austrittsrecht. In einer solchen Konstellation haben daher Unternehmenswert-Beteiligte grds ein individuelles Zustimmungsrecht zum Umgründungsvorgang. Es empfiehlt sich, im Gesellschafts- und/oder im Syndikatsvertrag spezifische Regelungen zur Auflösung dieser Blockademöglichkeit vorzusehen und so einem Mausefalleneffekt vorzubeugen.

⁵⁰⁾ Hartig in Wünscher, FlexKapGG § 9 Rz 143.

⁵¹⁾ Hartig in Wünscher, FlexKapGG § 9 Rz 145; Baumgartner, NZ 2024, 2 (3).

⁵²⁾ Baumgartner, NZ 2024, 2 (8).

⁵³⁾ Hartig in Wünscher, FlexKapGG § 9 Rz 144; Baumgartner, NZ 2024, 2 (8f); Eckert/Sternig, eclex 2023, 917 (922).

⁵⁴⁾ Hartig in Wünscher, FlexKapGG § 9 Rz 146.

⁵⁵⁾ Hartig in Wünscher, FlexKapGG § 9 Rz 147.

⁵⁶⁾ Hartig in Wünscher, FlexKapGG § 9 Rz 147.

⁵⁷⁾ Wünscher in Wünscher, FlexKapGG § 1 Rz 14; Hartig in Wünscher, FlexKapGG § 9 Rz 149; Baumgartner, NZ 2024, 2 (3).

⁵⁸⁾ Hartig in Wünscher, FlexKapGG § 9 Rz 149.

⁵⁹⁾ Baumgartner, NZ 2024, 2 (8).

⁶⁰⁾ Hartig in Wünscher, FlexKapGG § 9 Rz 148.

⁶¹⁾ Hartig in Wünscher, FlexKapGG § 9 Rz 151.

⁶²⁾ Hartig in Wünscher, FlexKapGG § 9 Rz 152; Baumgartner, NZ 2024, 2 (5).

⁶³⁾ Baumgartner, NZ 2024, 2 (8).

⁶⁴⁾ Hartig in Wünscher, FlexKapGG § 9 Rz 154.

⁶⁵⁾ Eckert/Sternig, eclex 2023, 917 (922); Hartig in Wünscher, FlexKapGG § 9 Rz 155; Wünscher in Wünscher, FlexKapGG §§ 23, 24 Rz 47.