

seiner Beteiligung ablehnen kann. Diesfalls wäre ein Verkauf von 100% der Gesellschaftsanteile nur mit Zustimmung sämtlicher Unternehmenswert-Beteiligten möglich, was insb aus Sicht eines potentiellen Erwerbers mit erheblicher Transaktionsunsicherheit verbunden und damit auch einem (internationalen) VC-Investor beim Einstieg nur schwer zu erklären wäre. Ein derart weitreichendes Gleichbehandlungsgebot ist auch den in der Praxis derzeit üblichen (schuldrechtlichen) Mitarbeiterbeteiligungsmodellen fremd, weil die Gesellschafter die Entscheidungshoheit über den Gesamtverkauf der Ges in ihren Händen halten und insb weder von der Zustimmung der Mitarbeiter noch der Erfüllung bestimmter wirtschaftlicher Parameter zugunsten der Mitarbeiter abhängig machen wollen. Praktisch könnte dieses Problem freilich durch Verzicht auf *Secondary*-Transaktionen oder eine Ausgleichspflicht der Gründungsgesellschafter im Exit-Fall vermieden werden, was allerdings oftmals nicht im Interesse der Beteiligten liegt. Denkbar ist allerdings auch, dass diese praktischen Herausforderungen durch einen gänzlichen Verzicht auf Unternehmenswert-Anteile vermieden wird.¹⁸⁾ Vor diesem Hintergrund sollte diese Regel im Interesse der Attraktivität der Unternehmenswert-Anteile entsprechend eingeschränkt werden.

Schlussstrich

Die gesellschaftsrechtliche Beteiligung von Mitarbeitern an einer KapGes erfordert ein differenziertes Regelungsregime, das die un-

terschiedlichen Interessen der relevanten Gesellschaftergruppen angemessen berücksichtigt und eine flexible Ausgestaltung ermöglicht. Der vorliegende ME enthält diesbezüglich durchaus detaillierte Regeln, die in bestimmten Teilbereichen ein Gleichbehandlungsgebot zw Unternehmenswert-Beteiligten und Gründungsgesellschaftern normieren. Dieses geht jedenfalls in Bezug auf das Mitverkaufsrecht zu weit, was in der Praxis – auch aufgrund des hohen Konfliktpotenzials bei Unternehmen mit einem großen und diversen Gesellschafterkreis – zu Unsicherheiten führen wird. Für Zwecke der Definition des Gründungsgesellschafter ist uE ein anteilsbezogenes und dynamisches Begriffsverständnis sinnvoll, welches (i) etwaige preferred shares der Gründungsgesellschafter außer Betracht lässt und (ii) Veränderungen im Gründerteam erleichtert.

¹⁸⁾ Der Vollständigkeit halber ist anzumerken, dass diese Bestimmung nach ihrem Wortlaut nur dann zur Anwendung kommt, wenn der Verkauf im Wege eines *Share Deals* durch Anteilsveräußerung erfolgt, nicht jedoch, wenn sämtliche Vermögensgegenstände der Gesellschaft im Wege eines *Asset Deals* an den Erwerber übertragen und der Veräußerungserlös durch eine – der Liquidationspräferenz entsprechende asymmetrische – Gewinnausschüttung an die Gesellschafter gelangt. Die Vorschrift könnte uE somit auch durch entsprechende Strukturierung des Exits als *Asset Deals* (sofern rechtlich und steuerlich möglich) umgangen werden.

Erwerb eigener Geschäftsanteile durch die Flexible Kapitalgesellschaft

BEITRAG. § 15 FlexKapGG regelt die Rahmenbedingungen für den Erwerb eigener Geschäftsanteile durch die FlexKapG. In enger Anlehnung an §§ 65 ff AktG sind die Möglichkeiten des Rückerwerbs eigener Geschäftsanteile wesentlich weiter ausgestaltet als nach dem geltenden § 81 GmbHG. Der vorliegende Beitrag untersucht einige Auslegungsfragen in diesem Kontext. **ecolex 2023/628**



Univ.-Prof. Dr. **Alexander Schopper** ist Vorstand des Instituts für Unternehmens- und Steuerrecht an der Universität Innsbruck

A. Grundlagen

Der ME des FlexKapGG¹⁾ enthält in den §§ 15–18 Regelungen über den Erwerb, die Veräußerung, die Einziehung und die Inpfandnahme eigener Geschäftsanteile. Ebenso wie der GmbH nach § 81 GmbHG ist auch der FlexKapG der Erwerb eigener Geschäftsanteile grds verboten. Zugelassen wird er nur, wenn einer der gesetzlichen Erwerbstatbestände vorliegt (§ 15 Abs 1). Die Regelung erfolgt in enger Anlehnung an §§ 65 ff AktG. Im Detail bestehen Unterschiede. Die Materialien begründen das mit der unterschiedlichen Organisationsstruktur, der Möglichkeit des Börsehändels und der im AktG angelegten Differenzierung zw börsennotierten und nicht börsennotierten AGs.²⁾ Den geltenden § 81 GmbHG bezeichnen die Materialien als „restriktiv“. ³⁾ Der damit indirekt angesprochene Zweck der Regelungen über den Erwerb eigener Anteile durch die FlexKapG besteht in der Schaffung einer höheren Flexibilität. Das zeigt sich insb daran, dass die Generalversammlung jederzeit

und zweckoffen den Rückerwerb beschließen kann (§ 15 Abs 1 Z 5). Der nicht börsennotierten AG ist das nicht erlaubt (§ 65 Abs 1 Z 8 AktG)⁴⁾, der GmbH schon gar nicht (§ 81 Satz 2 und 3 GmbHG).

Die Erweiterung der Möglichkeiten für den Erwerb eigener Anteile ist uneingeschränkt zu begrüßen.

Der Erwerb eigener Geschäftsanteile ist ein Weg, Gesellschaftern den Austritt aus der Ges zu ermöglichen und Gesellschaftsvermögen an be-

¹⁾ 276/ME 27. GP. In weiterer Folge beziehen sich §§ ohne Gesetzesangabe auf den FlexKapGG-Entw.

²⁾ EB zu 276/ME 27. GP 11f.

³⁾ EB zu 276/ME 27. GP 11.

⁴⁾ Dazu *Eckert/Schopper/Schmidt* in *Eckert/Schopper*, AktG-ON¹⁰⁰ § 65 Rz 50.

stimmte Gesellschafter auszukehren. Damit verbunden ist eine Schmälerung der Kapitalgrundlage, weil Vermögen und Liquidität abfließen.⁵⁾ Dem setzt § 15 Grenzen und bezweckt insoweit vor allem den Schutz von Gesellschaftern und Gläubigern. Konkret begegnet § 15 Abs 4 Satz 2 der Gefahr des Vermögensabflusses dadurch, dass der Erwerb in den Fällen des Abs 1 Z 3, 5 und 6 nur zulässig ist, wenn der Erwerbspreis aus frei ausschüttbarem Vermögen der Ges finanziert werden kann.⁶⁾ Zum Erwerb eigener Anteile kann die Ges also nur Vermögen einsetzen, das auch als Bilanzgewinn ausgeschüttet werden könnte.⁷⁾ In den Fällen des § 15 Abs 1 Z 1, 3 und 5 ist der Erwerb überdies nur zulässig, wenn auf die Geschäftsanteile die Einlagen voll geleistet sind. Nur für den zweckoffenen Erwerb nach § 15 Abs 1 Z 5 gilt zusätzlich auch eine Drittengrenze: Der Bestand eigener Anteile einschl der – auf Grund welchen anderen Erwerbstatbestands auch immer – bereits erworbenen eigenen Geschäftsanteile darf durch den Erwerb nach § 15 Abs 1 Z 5 ein Drittel des Stammkapitals nicht übersteigen.⁸⁾ Wie bei der AG bewirkt der Rückwerb auch einen Eingriff in die Organisationsstruktur der Ges, weil die Ges zu ihrem eigenen Anteilseigner wird. Damit wird die Trennung zw Eigentümern und Verwaltung aufgehoben. Das FlexKapGG begegnet der damit verbundenen Gefahr einer Einflussnahme der Gf auf die Willensbildung in der Generalversammlung dadurch, dass der Ges aus eigenen Geschäftsanteilen keine Rechte zustehen (§ 15 Abs 6 Satz 1). Betroffen ist nicht nur das Stimmrecht, sondern sämtliche Vermögens- und Mitverwaltungsrechte (einschl Bezugsrecht), unabhängig davon, ob die Ges die eigenen Geschäftsanteile zulässiger- oder unzulässigerweise erworben hat. Rechtspolitisch ist die Erweiterung der Möglichkeiten für den Erwerb eigener Anteile mE uneingeschränkt zu begrüßen. Die legistische Umsetzung in §§ 15–18 ist gelungen. Die Anlehnung an die §§ 65 ff AktG bringt Rechtssicherheit, da auf aktienrechtliche Rsp und Literatur zumindest sinngemäß zurückgegriffen werden kann. Offen ist lediglich die Frage, warum diese Änderungen nicht auch für die GmbH gelten sollten.

B. Erwerbstatbestände

1. „Erwerb“

Der originäre Erwerb eigener Geschäftsanteile ist der FlexKapG ausnahmslos verboten.⁹⁾ Derivatativ kann ein Erwerb ausnahmsweise erfolgen, wenn einer der in § 15 Abs 1 Z 1–6 taxativ aufgezählten Erwerbstatbestände vorliegt. Die Beweislast trägt derjenige, der sich auf das Vorliegen der Ausnahme beruft.¹⁰⁾ „Erwerb“ iSd § 15 meint Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft.¹¹⁾ Grds verboten und unwirksam sind alle Verpflichtungsgeschäfte, welche die FlexKapG zum – wenn auch nur vorübergehenden – Erwerb verpflichten, wie zB Kauf, Tausch und Schenkung. Bei Optionen ist daher zu differenzieren: Put-Optionen mit der Gesellschafterin als Stillhalterin unterliegen bereits im Zeitpunkt des Abschlusses der Optionsvereinbarung § 15, da die FlexKapG ab diesem Zeitpunkt keine Kontrolle mehr über den Erwerb der Geschäftsanteile hat. Liegen die Erwerbsvoraussetzungen zum Zeitpunkt der Begründung der Put-Option nicht vor, ist sie dennoch zulässig und wirksam, wenn die Erfüllung der gesetzlichen Erwerbsvoraussetzungen im Ausübungszeitpunkt als Voraussetzung für die Ausübung vereinbart ist.¹²⁾ Bei einer Call-Option zugunsten der Ges (als Optionsberechtigte) ist § 15 erst bei Optionsausübung anzuwenden.

2. Unentgeltlicher Erwerb (§ 15 Abs 1 Z 1 Fall 1)

Nicht jeder Rückwerb ist ein zustimmungsbedürftiges Geschäft.

Zulässig ist der gänzlich unentgeltliche Erwerb unter Lebenden (insb Schenkung, Stiftungszuwendung) oder von Todes

wegen (Legat) von eigenen Geschäftsanteilen durch die Ges. Nicht vom Erwerbstatbestand erfasst sind gemischte Schenkungen und Zuwendungen unter Auflagen, deren Erfüllung mit einem Vermögensabfluss bei der Ges verbunden ist.¹³⁾ Die Einlagen auf die unentgeltlich erworbenen Geschäftsanteile müssen voll geleistet sein (§ 15 Abs 4 Satz 3). Vom Wortlaut („Einlagen“ statt „Stammeinlagen“) erfasst wäre auch ein allfälliges Aufgeld/Agio. Allerdings ist das Erlassverbot gem § 63 Abs 3 Satz 1 GmbHG nach zutreffender Ansicht nicht auf ein Aufgeld anzuwenden.¹⁴⁾ Konsequenterweise ist auch das Vollzahlungsgesetz nicht darauf zu beziehen. Allerdings mindert ein offenes Aufgeld den Wert des Geschäftsanteils und ist daher bei der Festsetzung des Erwerbspreises in Abzug zu bringen. § 15 Abs 2 verlangt einen Beschluss der Generalversammlung nur für einen Erwerb nach Abs 1 Z 4 und 5. Bei den übrigen Erwerbstatbeständen liegt die Entscheidung über den Rückwerb bei der Geschäftsführung. Eine Befassung der Generalversammlung ist grds nicht erforderlich, kann aber im Gesellschaftsvertrag oder durch Gesellschafterbeschluss vorgesehen sein. Dessen ungeachtet könnte eine ungeschriebene Zustimmungskompetenz der Generalversammlung vorliegen, wenn der Erwerb eigener Geschäftsanteile als außergewöhnliches Geschäft zu qualifizieren wäre.¹⁵⁾

Beim zweckoffenen Erwerb ist ein GV-Beschluss erforderlich. Das Stimmverbot ist zu beachten.

Folgefrage ist dann, welche Beschlussmehrheit ein solcher Beschluss erfordert. Für sich genommen ist mE nicht jeder Rückwerb ein außergewöhnliches

und daher zustimmungsbedürftiges Geschäft. Das folgt aus § 15 Abs 2, der ausdrücklich nur für die Erwerbsfälle des Abs 1 Z 4 und 5 eine vorherige Zustimmung der Generalversammlung verlangt. Gerade für den unentgeltlichen Erwerb, der mit keinen finanziellen Belastungen für die Ges verbunden ist, liegt ein zustimmungspflichtiges Geschäft nur dann vor, wenn der Gf Anlass zur Annahme hat, dass die Gesellschafter

⁵⁾ Zur AG s Karollus in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 65 Rz 2; Eckert/Schopper/Schmidt in Eckert/Schopper, AktG-ON¹⁰⁰ § 65 Rz 50.

⁶⁾ Diese Bestimmung wurde zuletzt im Begutachtungsverf geringfügig abgeändert. In 276/ME 27. GP wurde in § 15 Abs 4 Satz 2 noch auf Abs 1 Z 4, 5 und 6 abgestellt.

⁷⁾ Vgl zur AG auch Eckert/Schopper/Schmidt in Eckert/Schopper, AktG-ON¹⁰⁰ § 65 Rz 3.

⁸⁾ § 15 Abs 4 Satz 1.

⁹⁾ Zur GmbH vgl Auer in Gruber/Harrer, GmbHG² § 81 Rz 8.

¹⁰⁾ Zur AG s Eckert/Schopper/Schmidt in Eckert/Schopper, AktG-ON¹⁰⁰ § 65 Rz 3.

¹¹⁾ Das folgt aus § 15 Abs 5.

¹²⁾ Eckert/Schopper/Schmidt in Eckert/Schopper, AktG-ON¹⁰⁰ § 65 Rz 5.

¹³⁾ Zur AG s Karollus in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 65 Rz 22; Eckert/Schopper/Schmidt in Eckert/Schopper, AktG-ON¹⁰⁰ § 65 Rz 14.

¹⁴⁾ Schopper in WK GmbHG § 63 Rz 96; Eckert in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf² 300 und 309; Konwitschka, Kapitalerhöhung durch Verrechnung (1998) 39; aA Koppensteiner/Rüffler³ § 63 Rz 11; diesen folgend Baier in Gruber/Harrer, GmbHG² § 63 Rz 68.

¹⁵⁾ Zu § 81 GmbHG wird das im Schrifttum bejaht; vgl Auer in Gruber/Harrer, GmbHG² § 81 Rz 40; Foglar-Deinhardstein in F/A/H § 81 Rz 42; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 81 Rz 10.

dem Rückerwerb nicht zustimmen würden. Besteht ein Aufsichtsrat, ist seine Zustimmung nur bei entsprechender Regelung im Gesellschaftsvertrag oder auf Grund eines Aufsichtsratsbeschlusses (§ 30j Abs 5 letzter Satz GmbHG) erforderlich.

3. Exekution (§ 15 Abs 1 Z 1 Fall 2)

Ebenso wie bei der GmbH (§ 81 Satz 2 GmbHG) kann auch bei der FlexKapG ein Geschäftsanteil im Exekutionsweg zur Herabbringung von Forderungen der Ges erworben werden. Steht der FlexKapG ein Exekutionstitel gegen den Veräußerer zu und beteiligt sie sich erfolgreich an der exekutiven Verwertung des Anteils, darf der Anteil erworben werden. Irrelevant ist, auf welchem Rechtsgrund die Forderung der Ges beruht. Nicht erfasst ist aber ein Rückerwerb im Rahmen der Kaduzierung. Dieser richtet sich nach den insoweit spezielleren §§ 66ff GmbHG. Erwerbsvoraussetzung ist die Volleinzahlung der Stammeinlage.¹⁶⁾ Die Drittelgrenze gem § 15 Abs 4 Satz 1 gilt nicht. Auch die Voraussetzung des Erwerbs aus freien Mitteln (§ 15 Abs 4 Satz 2) muss nicht eingehalten werden.¹⁷⁾ Zur Notwendigkeit eines Generalversammlungs- bzw Aufsichtsratsbeschlusses s oben B.2.

4. Gesamtrechtsnachfolge (§ 15 Abs 1 Z 2)

Wie bei der GmbH (§ 81 Satz 3 GmbHG) ist der Erwerb eigener Geschäftsanteile im Weg der Gesamtrechtsnachfolge zulässig. Hierunter fällt sowohl die erbrechtliche als auch die gesellschaftsrechtliche Gesamtrechtsnachfolge, einschließlich partieller Gesamtrechtsnachfolge, somit Verschmelzung, Spaltung, Umwandlung nach dem UmwG, § 142 UGB und gleichartige Institute des ausl Rechts.¹⁸⁾ Der Gesetzgeber setzt voraus, dass in Fällen der Gesamtrechtsnachfolge kein Entgelt aus dem Gesellschaftsvermögen geleistet wird. Der Erwerbstatbestand ist dahingehend teleologisch zu reduzieren, dass – unter Ausklammerung der eigenen Anteile – kein negativer Vermögenswert übertragen werden darf.¹⁹⁾ Abs 4 gilt für den Erwerb im Weg der Gesamtrechtsnachfolge nicht. Zur Notwendigkeit eines Generalversammlungs- bzw Aufsichtsratsbeschlusses s oben B.2.

5. Entschädigung von Minderheitsgesellschaftern (§ 15 Abs 1 Z 3)

Wie die GmbH (§ 81 Satz 2 GmbHG) darf auch die FlexKapG eigene Anteile erwerben, um Minderheitsgesellschafter zu entschädigen, soweit dies gesetzlich vorgesehen ist. Voraussetzung für die Anwendbarkeit von Z 3 ist die rechtliche Verpflichtung der FlexKapG zur Rücknahme der Geschäftsanteile, was bei gesetzlichen Austrittsrechten des Gesellschafter gegen Rückgabe seines Anteils erfüllt ist.²⁰⁾ Minderheitsgesellschafter ist jeder Gesellschafter, dem in Umgründungsfällen nach der gesetzlichen Grundlage ein Anspruch auf Barabfindung gegen Abgabe seines Anteils zusteht.²¹⁾ Anwendungsfälle sind zB §§ 25, 26 FlexKapGG iVm § 244 AktG; § 234b AktG; §§ 9, 11 SpaltG.²²⁾ Nicht erfasst ist hingegen die freiwillige Anteilsübernahme durch die FlexKapG. Die Drittelgrenze gilt für den Erwerb nach Abs 1 Z 3 nicht. Allerdings muss der Erwerbspreis aus frei ausschüttbarem Vermögen der Ges finanziert werden können und für die Stammeinlagen der nach Z 3 erworbenen Geschäftsanteile gilt das Volleinzahlungsgebot (dazu oben B.2.).²³⁾ Ein Generalversammlungsbeschluss ist nur erforderlich, wenn der Rückerwerb als außergewöhnliches und daher zustimmungsbedürftiges Geschäft zu qualifizieren ist (dazu oben B.2.). Die Zustimmung eines allenfalls bestehenden Auf-

sichtsrates ist nur auf Grundlage von § 30j Abs 5 letzter Satz GmbHG geboten.

6. Einziehung von Geschäftsanteilen (§ 15 Abs 1 Z 4)

Die FlexKapG darf aufgrund eines Beschlusses der Generalversammlung zur Einziehung nach den Bestimmungen über die Herabsetzung des Grundkapitals eigene Geschäftsanteile erwerben. Verknüpft ist dieser Erwerbstatbestand mit § 23 Abs 1 Satz 1, der die Möglichkeit der Einziehung von Geschäftsanteilen nach dem Vorbild von § 192 AktG regelt. Voraussetzung für den Erwerb nach Z 4 ist ein davor ergangener Beschluss der Generalversammlung zur Einziehung (arg „aufgrund“; zu den Anforderungen an einen solchen Beschluss sogleich B.7.). Die zusätzlichen Erwerbsvoraussetzungen des § 15 Abs 4 sind nicht anwendbar. Gesellschafter und Gläubiger werden durch § 23 geschützt.

7. Zweckoffener Erwerb (§ 15 Abs 1 Z 5)

Zulässig ist der Erwerb eigener Geschäftsanteile aufgrund eines Beschlusses der Generalversammlung oder einer höchstens 30 Monate geltenden Ermächtigung der Generalversammlung, wobei die Generalversammlung die Geschäftsführung auch ermächtigen kann, die eigenen Geschäftsanteile ohne weiteren Generalversammlungsbeschluss einzuziehen. Der Erwerbstatbestand ist zweckoffen, dh, er ermöglicht den Anteilserwerb ohne gesetzlich determinierten Erwerbsgrund. Die Generalversammlung kann den Erwerb im Beschluss an einen bestimmten Zweck binden. Dann ist der Geschäftsführung ein Erwerb nur zu diesem Zweck gestattet. Zwingend ist die Angabe eines bestimmten Zweckes im Beschluss aber nicht.²⁴⁾ Ebenso wie § 15 Abs 1 Z 4 setzt auch der Erwerb nach § 15 Abs 1 Z 5 zwingend einen Beschluss der Generalversammlung voraus. Ohne Beschluss liegt ein unzulässiger Erwerb vor. Eine nachträgliche Genehmigung heilt die Unzulässigkeit des Erwerbs nicht.²⁵⁾ Für den Beschluss verlangt § 15 Abs 2 eine Dreiviertel-Mehrheit der abgegebenen Stimmen. Die Berechnung erfolgt wie nach § 50 Abs 1 GmbHG, allerdings kann der Gesellschaftsvertrag für den Beschluss nach Abs 1 Z 5 eine andere Mehrheit (höher oder geringer) oder andere Erfordernisse (zB Sonderzustimmungs- oder Vetorecht) vorsehen. Das Stimmverbot ist zu beachten, dh, der potentielle Veräußerer

¹⁶⁾ Siehe dazu oben B.2.

¹⁷⁾ Das folgt eindeutig aus § 15 Abs 4 Satz 2. Allerdings ist dann in § 15 Abs 4 Satz 3 davon die Rede, dass ua beim Tatbestand der Z 1 „überdies“ die Volleinzahlung geboten ist. Das könnte auf ein redaktionelles Versehen in § 15 Abs 4 Satz 2 hindeuten. Dafür spricht, dass die Ges für den exekutiven Erwerb des Anteils eigenes Vermögen einsetzt: Die Forderung der Ges wird mit dem eigenen Geschäftsanteil befriedigt.

¹⁸⁾ Zur AG vgl. *Eckert/Schopper/Schmidt* in *Eckert/Schopper*, AktG-ON¹⁰⁰ § 65 Rz 22.

¹⁹⁾ *Foglar-Deinhardstein* in *F/A/H* § 81 Rz 16; *Kalss*, Verschmelzung/Spaltung/Umwandlung³ § 224 Rz 35; *Eckert/Schopper/Schmidt* in *Eckert/Schopper*, AktG-ON¹⁰⁰ § 65 Rz 23.

²⁰⁾ *Foglar-Deinhardstein* in *F/A/H* § 81 Rz 24; *Karollus* in *Artmann/Karollus*, AktG¹⁶ § 65 Rz 38.

²¹⁾ *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 65 Rz 44 mwN.

²²⁾ *Auer* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 81 Rz 35; zur AG vgl. *Eckert/Schopper/Schmidt* in *Eckert/Schopper*, AktG-ON¹⁰⁰ § 65 Rz 32.

²³⁾ § 15 Abs 4 Satz 2 und 3. Der ME wurde in diesem Punkt im Rahmen des Begutachtungsverf geringfügig geändert.

²⁴⁾ Zur AG vgl. *Karollus* in *Artmann/Karollus*, AktG¹⁶ § 65 Rz 52d; *Eckert/Schopper/Schmidt* in *Eckert/Schopper*, AktG-ON¹⁰⁰ § 65 Rz 49; aA *Gruber*, Das Aktienrückerwerbsgesetz, RdW 1999, 571 (572).

²⁵⁾ Zum Aktienrecht s *Eckert/Schopper/Schmidt* in *Eckert/Schopper*, AktG-ON¹⁰⁰ § 65 Rz 53.

des Geschäftsanteils darf nicht mitstimmen (§ 39 Abs 4 GmbHG). Veräußern mehrere Gesellschafter gleichzeitig ihren Geschäftsanteil, sind sie jedenfalls dann vom Stimmrecht ausgeschlossen, wenn der Erwerb durch die FlexKapG Gegenstand ein und desselben Rechtsgeschäfts oder ein und desselben Beschlusses ist. Veräußern alle Gesellschafter Teile ihrer Geschäftsanteile, greift das Stimmverbot nicht ein. Der Beschluss hat den Anteil der zu erwerbenden Geschäftsanteile am Stammkapital im Sinne einer prozentualen Obergrenze festzusetzen (§ 15 Abs 2 Satz 2) und muss den Rückerwerbspreis oder die Grundlagen seiner Berechnung enthalten. Weiters muss im Unterschied zum Aktienrecht die Person des oder der Veräußerer im Beschluss genannt werden. Die Generalversammlung kann den Rückerwerb eigener Geschäftsanteile selbst beschließen oder die Geschäftsführung durch einen Beschluss zum Erwerb ermächtigen. Dann kann die Geschäftsführung im eigenen Ermessen entscheiden, ob sie den Rück-erwerb vornimmt. Für den Ermächtigungsbeschluss gilt die Höchstfrist von 30 Monaten. Die Frist ist im Ermächtigungsbeschluss jedenfalls anzugeben. Durch einen neuerlichen Beschluss kann die Ermächtigung beliebig oft verlängert werden.²⁶⁾ Die zum Rückerwerb ermächtigte Geschäftsführung muss die Gesellschafter vor Durchführung des Erwerbs informieren (§ 15 Abs 2 letzter Satz). Die Generalversammlung kann die Gf auch ermächtigen, eigene Geschäftsanteile ohne weiteren Generalversammlungsbeschluss einzuziehen (§ 15 Abs 1 Z 5 HS 2). Dann ist ein weiterer Generalversammlungsbeschluss über die Einziehung nach § 23 nicht erforderlich.²⁷⁾ Für den Rückerwerb nach § 15 Abs 1 Z 5 gilt die Drittelgrenze (§ 15 Abs 4 S 1). Außerdem muss der Erwerb aus freien Mitteln finanziert werden können und die erworbenen Geschäftsanteile unterliegen dem Volleinzahlungsgebot.

8. Rückerwerb von Unternehmenswertanteilen (§ 15 Abs 1 Z 6)

Der nach § 15 Abs 1 Z 6 zulässige Erwerb von Unternehmenswertanteilen ist wie Abs 1 Z 5 ebenfalls zweckoffen. Im Unterschied zu § 15 Abs 1 Z 5 ist für den Erwerb von Unternehmenswertanteilen aber nicht zwingend ein Generalversammlungsbeschluss vorgesehen. Das schließt aber eine entsprechende Beschlussfassung der Gesellschafter nicht aus. Die Gf sind an einen solchen Beschluss gebunden (§ 20 Abs 1 GmbHG). Auch der Gesellschaftsvertrag kann Vorgaben für den Rückerwerb von Unternehmenswertanteilen enthalten. Ob eine „*ungeschriebene*“ Zustimmungskompetenz der Generalversammlung besteht, hängt davon ab, ob der Rückerwerb der Unternehmenswertanteile ein außergewöhnliches Geschäft darstellt. Davon ist wegen der ausdrücklichen Regelung in § 15 Abs 2 jedenfalls nicht generell auszugehen (s dazu oben B.2.). Die Drittelgrenze gilt für den Erwerb von Unternehmenswertanteilen nicht (§ 15 Abs 4 Satz 1). Der Erwerb muss aber aus freien Mitteln finanziert werden können. Das Volleinzahlungsgebot als Voraussetzung für den Erwerb gilt nach dem Gesetzeswortlaut nicht, weil Unternehmenswertanteile ohnedies voll einbezahlt sein müssen (§ 9 Abs 2 Satz 2). Sind Unternehmenswertanteile unzulässigerweise nicht voll eingezahlt, ist der Rückerwerb mE verboten.

C. Gleichbehandlung

Im Gegensatz zu § 65 Abs 1 a HS 1 AktG wird das Gebot der Gleichbehandlung in § 15 nicht ausdrücklich angesprochen. Das ändert aber an der Anwendbarkeit des Gleichbehand-

lungsgrundsatzes nichts.²⁸⁾ Das Gleichbehandlungsgebot gilt grds für alle Erwerbstatbestände des Abs 1, allerdings sind an die sachliche Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung wegen des Stimmverbots geringere Anforderungen zu stellen.²⁹⁾ Im Übrigen wird häufig auch durch das qualifizierte Mehrheitserfordernis nach § 15 Abs 2 eine ausreichende Richtigkeitsgewähr hergestellt sein.³⁰⁾ Die Gleichbehandlung ist jedenfalls gewahrt, wenn allen Gesellschaftern eine Veräußerungsmöglichkeit zu gleichen Bedingungen eingeräumt wird (arg § 65 Abs 1 b HS 2 AktG). Wollen mehr Gesellschafter veräußern, als die Ges zu erwerben bereit ist, ist bei der Entscheidung über die Zuteilung jede nicht willkürliche Regelung zulässig, bspw „*first come first serve*“ oder nach der Beteiligungsquote der Veräußerungswilligen.

D. Übertragungsbeschränkungen

Gesellschaftsvertragliche Vinkulierungs-, Vorkaufs- und Aufgriffsklauseln greifen beim Erwerb eigener Geschäftsanteile nicht ein, wenn die (objektive) Auslegung des Gesellschaftsvertrags nicht ausnahmsweise ergibt, dass sich die Übertragungsbeschränkung auch auf diesen Fall erstrecken soll.³¹⁾ Der

²⁶⁾ Karollus in Artmann/Karollus, AktG I⁶ § 65 Rz 47a.

²⁷⁾ Eckert/Schopper/Schmidt in Eckert/Schopper, AktG-ON¹⁰⁰ § 65 Rz 52.

²⁸⁾ EB zu 276/ME 27. GP 11.

²⁹⁾ EB zu 276/ME 27. GP 11.

³⁰⁾ Eckert/Schopper/Walcher in Eckert/Schopper, AktG-ON¹⁰⁰ § 47a Rz 8.

³¹⁾ Vgl Ebner/Köppel in Torggler, GmbHG § 81 Rz 14; aA Foglar-Deinhardstein in F/A/H, GmbHG § 81 Rz 43.

IHRE WEBBASIERTE INTERNE MELDESTELLE

im Sinne des HinweisgeberInnenschutzgesetzes

WHISPER

Interne Meldestelle ab
25. August 2023 verpflichtend für
Unternehmen ab **250 MitarbeiterInnen**.

Ab **17. Dezember 2023** verpflichtend für
Unternehmen ab **50 MitarbeiterInnen**.

JETZT
INFORMIEREN
& CODE
SCANNEN!

info@whisper.law

www.whisper.law

WHISPER ist ein Produkt der HSP Rechtsanwälte GmbH.

typische Zweck gesellschaftsvertraglicher Übertragungsbeschränkungen liegt in der Kontrolle über die Zusammensetzung des Gesellschafterkreises. Dieser Zweck ist beim Erwerb eigener Geschäftsanteile nicht tangiert. Anderes gilt für deren Veräußerung.

E. Rechtsfolgen

Verstößt der Erwerb eigener Geschäftsanteile gegen eine Voraussetzung lt § 15 Abs 1, 2 oder 4, ist der Erwerb dennoch dinglich wirksam (§ 15 Abs 5 Satz 1).³²⁾ Das Verpflichtungsgeschäft ist hingegen bei einem Verstoß gegen Abs 1 oder 4 unwirksam. Daher besteht in diesen Fällen kein Erfüllungsanspruch auf Zahlung des Erwerbspreises und umgekehrt auf Übereignung des Geschäftsanteils.³³⁾ Ein Verstoß gegen § 15 Abs 2 führt nach dem Wortlaut von § 15 Abs 5 nicht zur Unwirksamkeit des Titels. Dabei ist zu differenzieren: Der Titel ist wirksam, solange der Beschluss der Gesellschafterversammlung trotz Verletzung des § 15 Abs 2 wirksam, wenn auch anfechtbar ist. Ist der Beschluss nichtig, verstößt der Erwerb, sofern kein anderer Erwerbstatbestand vorliegt, gegen § 15 Abs 1 und das Verpflichtungsgeschäft ist nichtig. Eine Verletzung der Informationspflicht nach § 15 Abs 2 letzter Satz führt keinesfalls zur Unwirksamkeit des Titels. Allerdings handelt die Geschäftsführung pflichtwidrig.

F. Einlagenrückgewähr

Nach § 52 letzter Satz AktG gilt die Zahlung des Erwerbspreises beim zulässigen Erwerb eigener Aktien nicht als Einlagen-

rückgewähr. Das gilt entsprechend auch für die FlexKapG. Die Ausnahme vom Verbot der Einlagenrückgewähr bezieht sich aber nur auf den Erwerbsanlass und nicht auf den Erwerbspreis. Daher kann auch ein nach § 15 Abs 1 zulässiger Erwerb einen Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr darstellen, wenn ein überhöhter Preis für die eigenen Geschäftsanteile bezahlt wird. Zulässig ist ein überhöhter Erwerbspreis, wenn eine betriebliche Rechtfertigung vorliegt.³⁴⁾ Ist das auf den Erwerb eigener Geschäftsanteile gerichtete Verpflichtungsgeschäft nach § 15 Abs 5 Satz 2 oder aus sonstigen Gründen nichtig und erbringt die FlexKapG dennoch die Gegenleistung, liegt ein Verstoß gegen § 82 Abs 1 GmbHG vor.

Schlussstrich

§ 15 FlexKapGG erweitert im Vergleich zu § 81 GmbHG die Möglichkeiten des Erwerbs eigener Geschäftsanteile erheblich. Der Schutz von Gesellschaftern und Gläubigern ist dennoch angemessen gewahrt. Insgesamt ist die Regelung rechtspolitisch zu begrüßen und legislativ gelungen. Offen bleibt lediglich die Frage, warum der GmbH diese Möglichkeiten verwehrt bleiben.

³²⁾ Eckert/Schopper/Schmidt in Eckert/Schopper, AktG-ON¹⁰⁰ § 65 Rz 75.

³³⁾ Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 65 Rz 151.

³⁴⁾ Eckert/Schopper/Schmidt in Eckert/Schopper, AktG-ON¹⁰⁰ § 65 Rz 77.

Erleichterungen bei Anteilsübertragungen durch das FlexKapGG? – Anwaltsurkunde und Interessenkonflikt

BEITRAG. Mit dem GesRÄG 2023 soll ua die Flexible Kapitalgesellschaft eingeführt werden. Das Gesetzesvorhaben befindet sich aktuell noch im Stadium des ME. Der ME sieht anders als das GmbHG die Möglichkeit vor, die Übertragung von Geschäftsanteilen, die Übernahme von Geschäftsanteilen im Rahmen von Kapitalerhöhungen sowie die Abgabe von Bezugsrechtsausübungserklärungen ohne Errichtung eines Notariatsaktes vorzunehmen. Für FlexKapG soll es dafür eine Alternative zum Notariatsakt, nämlich eine Formpflicht sui generis, geben: RA (oder Notarinnen¹⁾) können eine (Privat-)Urkunde errichten („Anwaltsurkunde“), sofern sie nicht „selbst beteiligt“ sind und Interessenkollisionen ausgeschlossen werden können. Der Beitrag geht der Frage nach, wann ein solcher Interessenkonflikt für RA vorliegt und diese folglich keine Anwaltsurkunde errichten dürfen. **ecolex 2023/629**



Valentina Hekele, LL.M., ist RAA bei der DORDA Rechtsanwälte GmbH, Wien.
Dr. Georg Durstberger ist RA bei der DORDA Rechtsanwälte GmbH, Wien.

A. Der Begriff der Selbstbeteiligung iSv § 33 NO

Die Mat zum ME-FlexKapGG verweisen auf § 33 Abs 1 Z 1 NO, der besagt, dass Notarinnen in Sachen, in denen sie selbst beteiligt sind, keine Notariatsurkunde aufnehmen dürfen. Dazu

zählen nach § 33 Abs 1 Satz 2 NO auch Angelegenheiten von juristischen Personen, an denen die Notarin die Mehrheit am

¹⁾ Die in diesem Beitrag folgenden, in weiblicher Form angeführten Bezeichnungen beziehen sich auf alle Geschlechter in gleicher Weise.