

Der **G**esellschafter

Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht

Herausgegeben von
Nikolaus Arnold und Susanne Kalss

GesRZ

Elisabeth Gruber / Heinrich Foglar-Deinhardstein

Satzungsstrenge und neue Spielräume für „autonome“ Satzungsbestimmungen

Christian Zoidl

Die Rückerstattungsansprüche bei verbotener Einlagenrückgewähr

Christian Horn

OG und KG sind juristische Personen!

Jürgen Reinold

Die GmbH & Co KG im Licht der Rechnungslegungspflicht

Zentrum für Stiftungsrecht

Résumé-Protokoll des Workshops „Aktuelles zum Stiftungsrecht“

Der praktische Fall

Die überhastete Expansion

Praxisrubrik Geschäftsführer

Geschäftsführerhaftung – gesellschaftsrechtliche Grundlagen

Aus der aktuellen Rechtsprechung

OGH-Entscheidungen zum Gesellschafts- und Privatstiftungsrecht
sowie zum Schiedsverfahren

Unternehmensrecht aktuell

Verbraucherrechte-Richtlinien-Umsetzungsgesetz
EU: Neue Rechtsakte der Kommission zum Umgang
mit Unternehmensinsolvenzen und zum Bankwesen

GesR Z-Jah r eSabo

inklusive **Onlinezugang**
und **app** zum Heft-download



Aktion
Jetzt **20%**
günstiger!



BESTELLEN SIE JETZT IHR JAHRESABO

Ja, ich bestelle Exemplare

GesRZ-Jahresabonnement 2014 inkl. Onlinezugang und App
(43. Jahrgang 2014, Heft 1-6)

EUR 104,-
Statt EUR 130,-

Das Angebot gilt nur für Neuabonnements. Alle Preise exkl. MwSt. und Versandkosten. Abbestellungen sind nur zum Ende eines Jahrganges möglich und müssen bis spätestens 30. November des Jahres schriftlich erfolgen. Unterbleibt die Abbestellung, so läuft das jeweilige Abonnement automatisch auf ein Jahr und zu den jeweils gültigen Abopreisen weiter. Preisänderung und Irrtum vorbehalten.

Name/Firma Kundennummer

Straße/Hausnummer

PLZ/Ort E-Mail

Telefon (Fax) Newsletter: ja nein

Datum/Unterschrift

Handelsgericht Wien, FB-Nr.: 102235X, ATU 14910701, DVR: 000 2356

Linde Verlag Ges.m.b.H.
Scheydgasse 24
PF 351, 1210 Wien
Tel: 01 24 630-0
Bestellen Sie online unter
www.lindeverlag.at
oder via E-Mail an
office@lindeverlag.at
oder per Fax
01/24 630-53

Satzungstreue und neue Spielräume für „autonome“ Satzungsbestimmungen

Praxisfragen zu OGH 8.5.2013, 6 Ob 28/13f

ELISABETH GRUBER / HEINRICH FOGLAR-DEINHARDSTEIN*

In einer aufsehenerregenden und in der Literatur überwiegend positiv rezipierten Entscheidung hat der OGH das aktienrechtliche Prinzip der Satzungstreue neu interpretiert. Der Beitrag untersucht mögliche Auswirkungen der Entscheidung auf die aktienrechtliche Praxis.

I. Einleitung: Lockerung der Satzungstreue durch den OGH

Das Aktienrecht ist vom Prinzip der Satzungstreue durchwaltet. Durch das traditionelle Verständnis dieses Prinzips als „Abweichungsverbot“¹ waren bislang der Gestaltung von AG-Satzungen enge Grenzen gesetzt. Die überkommene Auffassung lässt sich wie folgt auf den Punkt bringen: Satzungsbestimmungen sind nur dann zulässig, wenn sie vom AktG ausdrücklich so vorgesehen sind oder sich in dem Rahmen bewegen, in dem das AktG abweichende oder ergänzende Regelungen² ausdrücklich gestattet.³

In der rezenten E 6 Ob 28/13f⁴ zur Satzung einer nicht börsennotierten AG hat der OGH den Grundsatz der Satzungstreue neu überprüft und – ohne das Prinzip gänzlich aufzugeben – deutlich gelockert.

Die zentralen Rechtssätze der Entscheidung sind die folgenden:

- Da das österreichische AktG (im Gegensatz zum deutschen AktG) keine ausdrückliche Norm über die Satzungstreue enthält, ist eine Auslegung des österreichischen AktG dahingehend, dass eine Satzungsbestimmung immer nur dann zulässig ist, wenn sie vom AktG ausdrücklich so vorgesehen ist oder die Zulässigkeit abweichender Regelungen ausdrücklich vom AktG gestattet ist, nicht in jedem Fall geboten.
- Bestimmungen, die mit dem Wesen der AG unvereinbar sind, die Gläubigerschutzvorschriften oder im öffent-

lichen Interesse bestehenden Vorschriften widersprechen (§ 199 Abs 1 Z 3 AktG), sittenwidrig sind (§ 199 Abs 1 Z 4 AktG) oder den Aktionärschutz betreffen (zB Gleichbehandlungsgebot gem § 47a AktG), dürfen nicht in die Satzung aufgenommen werden.

- Da das AktG vom Leitbild der börsennotierten Publikums-AG geprägt ist, erscheint es gerechtfertigt, für nicht börsennotierte AGs eine größere Satzungsautonomie anzuerkennen. Dies betrifft insb solche Bereiche, bei denen die freie Handelbarkeit von Aktien auf der Börse keine Rolle spielt.
- Bei einer nicht börsennotierten AG ist die Satzungsbestimmung eines Vorkaufsrechts der Aktionäre für den Fall der Veräußerung von Aktien zumindest bei gem § 62 Abs 2 AktG vinkulierten Aktien zulässig.

Diese bahnbrechenden Rechtssätze eröffnen zukünftig eine Vielzahl von Gestaltungsmöglichkeiten, denen in diesem Beitrag beispielhaft nachgegangen wird, ohne einen Anspruch auf Vollständigkeit zu erheben. Freilich hat die Praxis schon bisher – in Pionierfunktion und im Einklang mit liberalen Literaturstimmen – immer wieder solche Spielräume genützt.⁵ Durch die OGH-Entscheidung steht diese pionierhafte Praxis aber nunmehr auf einem gesicherten dogmatischen Fundament.

Insgesamt erscheint jetzt für verschiedenste „autonome“ Regelungen, die bisher bei traditioneller Sicht der Satzungstreue eigentlich in einen Syndikatsvertrag zu verweisen gewesen wären, eine Erhebung in den Rang einer entsprechenden („autonomen“ oder „freien“) Satzungsklausel denkbar.⁶ Damit erweitern sich auch die Varianten, in der Satzung solche „autonome“ Aktionärsrechte zu kreieren, deren Ausübung nicht unbedingt an die Teilnahme an der Hauptversammlung (im Folgenden: HV) gebunden („versammlungsgebundene Aktionärsrechte“ wie die wichtigsten Verwaltungsrechte), ja nicht einmal mit der Abhaltung einer HV logisch verknüpft (wie zB Rechte im Vorfeld der HV oder der Dividendenanspruch im Gefolge der HV) sein muss.

* MMag. Elisabeth Gruber ist Rechtsanwältin in Wien. Mag. Heinrich Foglar-Deinhardtstein, LL.M. ist Partner einer Rechtsanwaltskanzlei in Wien. Beide sind mit Gesellschafts- und Umgründungsrecht, Stiftungsrecht und M&A befasst.

¹ Kals, Zur Satzungstreue des Aktienrechts, *ecolex* 2012, 559.

² Im deutschen Aktienrecht werden Abweichung und Ergänzung folgendermaßen unterschieden: Abweichung ist eine Ersetzung einer (gesetzlichen) Regelung durch eine andere (statutarische); eine Ergänzung liegt vor, wenn das Gesetz einen entsprechenden Regelungsinhalt nicht enthält; vgl. Kals/Fleischer, Neues zur Lockerung der Satzungstreue bei nicht börsennotierten Aktiengesellschaften, *AG* 2013, 693 (701) mwN.

³ Vgl. referierend E. Gruber in Doralt/Nowotny/Kals, *AktG*² (2012) § 17 Rz 33; Kals in Kals/Nowotny/Schauer, *Österreichisches Gesellschaftsrecht* (2008) Rz 3/48; Heidinger/Schneider in Jabornegg/Strasser, *AktG*³ (2011) § 17 Rz 5; Haberer/Zehetner in Jabornegg/Strasser, *AktG*³, § 62 Rz 9; Ch. Nowotny, Satzungstreue im österreichischen Aktienrecht? in FS Doralt (2004) 411.

⁴ OGH 8.5.2013, 6 Ob 28/13f, *GesRZ* 2013, 212 (Schopper) = *RWZ* 2013, 283 (Wenger); dazu Kals/Winner, Ausgewählte gesellschaftsrechtliche Judikatur in Österreich und Deutschland im vergangenen Arbeitjahr, *GesRZ* 2013, 189; Edelmann, Statutarische Vorkaufsrechte bei nicht börsennotierten AG, *ecolex* 2013, 706; Schörghofer/R. Gruber, OGH zur Satzungstreue bei nicht börsennotierten AG, *ecolex* 2013, 798; Birnbauer, Satzungsänderung einer Aktiengesellschaft, *GES* 2013, 356; Kals/Fleischer, *AG* 2013, 693.

⁵ Vgl. Reich-Rohrwig, Analyse der Satzungen von Aktiengesellschaften in Österreich, in FS Aicher (2012) 605 (607 f) spezifisch (und kritisch) zu Vorkaufs- und Aufgriffsrechten in der Satzung.

⁶ Haberer/Zehetner in Jabornegg/Strasser, *AktG*³, § 62 Rz 9; Kals, *ecolex* 2012, 559; Wenger, *RWZ* 2013, 283 (284).

II. Zum Anwendungsbereich der neuen Spielräume: Börsennotierte versus nicht börsennotierte AG

1. Differenzierung zwischen börsennotierten und nicht börsennotierten Gesellschaften/Aktien

Auslöser der E 6 Ob 28/13f war die an den OGH herangetragene Frage, ob eine Vorkaufsrechtsregelung bezüglich vinkulierter Aktien in der Satzung einer nicht börsennotierten AG zulässig sei. Der OGH beschränkte sich aber zur Lösung dieser Frage nicht auf eine eng abgegrenzte, einzelfallbezogene Beurteilung der konkret strittigen Satzungsklausel,⁷ sondern nutzte die geeignete Gelegenheit zu breit angelegten, grundlegenden Ausführungen zur Satzungsstrenge⁸ und im Ergebnis zur deutlichen Relativierung der überkommenen Sicht dieses Prinzips.

Diese Relativierung gelingt dadurch, dass der OGH jenen Literaturmeinungen⁹ folgt, die eine Differenzierung zwischen dem Aktienrecht für börsennotierte Gesellschaften und dem Aktienrecht für nicht börsennotierte Gesellschaften postulieren.

Tatsächlich zeigt die historische Entwicklung des Aktienrechts, die in der OGH-Entscheidung nachgezeichnet wird, dass die Schere zwischen dem Recht für börsennotierte und dem Recht für börsenferne AGs immer weiter aufgeht. Das gilt zunächst unmittelbar einsichtig für jene Gesetzesbestimmungen, die *expressis verbis* zwischen börsennotierten und börsenfernen Gesellschaften unterscheiden. Durch die vermehrte Aufnahme solcher Bestimmungen ins AktG ist die Ausdifferenzierung des Aktienrechts anhand des Kriteriums der Börsennotierung aber schrittweise zum aktienrechtlichen Strukturelement geworden.¹⁰ Daraus lässt sich ableiten, dass auch für die Schnittmenge jener gesetzlichen Bestimmungen und rechtlichen Prinzipien, die weiterhin für beide Typen – börsennotierte wie börsenferne AGs – gleichermaßen gelten, eine Differenzierung dahingehend möglich und geboten ist, diese „gemeinsamen“ Bestimmungen und die daraus hervorleuchtenden Prinzipien je nach Typ der AG unterschiedlich auszulegen.¹¹

Die zentralen aktienrechtlichen Normen zum Abgrenzungskriterium „Börsennotierung“ sind §§ 3 und 10 AktG:

- Nach § 3 AktG gilt eine AG bereits dann als börsennotiert, wenn „Aktien der Gesellschaft“ – dh also „irgendwelche“

Aktien, sohin möglicherweise auch nur ein Teil des Grundkapitals, und nicht notwendigerweise alle Aktien – zum Handel an einem geregelten Markt¹² zugelassen sind.¹³

- Nach § 10 AktG kann eine solche börsennotierte Gesellschaft Inhaberaktien statt Namensaktien ausgeben, was nicht börsennotierten Gesellschaften verwehrt bleibt. Bei einer börsennotierten Gesellschaft können alle Aktien Inhaberaktien sein, mögen die Aktien auch nur teilweise zum Handel zugelassen sein.¹⁴

Aus diesen beiden Gesetzesbestimmungen erhellt aber schon, dass auf der Faktenebene der Zusammenhang zwischen einerseits der Zulassung der Aktien einer AG zum Handel an einem geregelten Markt und andererseits der Frage, ob diese AG „börsennotiert“ im aktienrechtlichen Sinn ist, sehr verdünnt ist und es hier jedenfalls nicht auf den Grad der Kapitalmarkt-orientierung ankommt. Schon eine verhältnismäßig geringfügige Zahl von Aktien, die an einem geregelten Markt zugelassen sind,¹⁵ öffnet der Gesellschaft die Tür zu den aktienrechtlichen Bestimmungen für börsennotierte Gesellschaften.¹⁶

Wenn man diese Beobachtung auf die Frage nach der Satzungsstrenge umlegt, wäre es daher überschießend, den Anwendungsbereich der durch die OGH-Judikatur neu eröffneten Satzungsautonomie nur auf die nicht börsennotierten AGs zu beschränken und die börsennotierte Gesellschaft pauschal von der Anwendung auszuschließen. Damit würde nämlich auch eine beliebig kleine Menge von börsennotierten Aktien der betreffenden Gesellschaft den Zugang zur neuen Satzungsautonomie versperren, wofür nach der neuen Judikatur kein sachlicher Grund erkennbar ist. Die volle Satzungsstrenge im traditionellen, restriktiven Sinn – soweit sie nach der neuen Judikatur überhaupt noch zur Gänze aufrechtzuerhalten ist (siehe unten Pkt II.3.) – trifft daher uE jedenfalls nicht alle Aktien einer börsennotierten AG, sondern nur ihre börsennotierten Aktien. Börsennotierte Aktien müssen zum Schutz der Funktion des Kapitalmarkts sehr fungibel und daher tendenziell standardisiert – dh nicht von speziellen Satzungsklauseln belastet – sein.¹⁷ Für die nicht notierenden Aktien einer solchen börsennotierten AG – die zB schon vor dem IPO bestanden haben – steht der Kapitalmarkt, der jederzeit einen Exit ermöglichen würde, nicht offen, sodass es legitim ist, den Aktionären in der Satzung stärkere Möglichkeiten zur Ausübung ihrer Rechte einzuräumen.¹⁸ Somit gibt es bei nicht börsennotierten Aktien keine Bedenken gegen autonome Satzungsklauseln, wie zB Vorkaufsrechte,¹⁹ jeden-

⁷ Schopper (GesRZ 2013, 216 [218]) weist darauf hin, dass der OGH die Zulässigkeit der verfahrensgegenständlichen Satzungsklauseln auf kürzerem Weg und ohne breite Ausleuchtung der Satzungsstrenge begründen hätte können, wenn er die Argumentation von *Kalss* aufgegriffen hätte. *Kalss* (ecolex 2012, 559) hat nämlich gezeigt, dass schon der gesetzlichen Regelung zur Vinkulierung (§ 62 AktG) und der darin vorgegebenen Regelung zur Veräußerung vinkulierter Anteile ein Quasi-Vorkaufsrecht immanent ist, sodass sich die Zulässigkeit eines Vorkaufsrechts bei vinkulierten Aktien schon aus dem Gesetz selbst ablesen lässt. Der OGH hat aber nicht diese fokussierte Argumentation, sondern eine allgemeinere Begründung gewählt.

⁸ *Kalss/Fleischer*, AG 2013, 696 und 698.

⁹ Insb *Ch. Nowotny*, Satzungsstrenge, 411 ff; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht, Rz 3/22 ff und 3/48 ff; *Doralt/Diregger* in *MünchKomm AktG*, § 23 Rz 211; *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht (2009) 255 und 707; *U. Torggler*, Gestaltungsfreiheit bei der GmbH, GesRZ 2010, 185 (186 FN 14); *E. Gruber* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG², § 17 Rz 34; *Kalss*, ecoplex 2012, 559; *Ch. Hausmaninger/Knauder* in *Ch. Hausmaninger/Gratzl/Justich*, Handbuch zur Aktiengesellschaft (2012) Kap 2 Rz 76; *Kalss/Probst*, Familienunternehmen (2013) Rz 4/5 ff; *Nicolussi*, „Kaltes“ Delisting als Konsequenz der Verschmelzung zweier Aktiengesellschaften, GesRZ 2013, 124 (129 f).

¹⁰ *Heidinger/Schneider* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵, § 3 Rz 1; *Bachner/Brix*, Das neue Recht der Hauptversammlung, RdW 2008, 632 (633).

¹¹ *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht, Rz 3/25 und 3/50; *Haberer*, Kapitalgesellschaftsrecht, 280; *Gall* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG², § 3 Rz 17; *Kalss/Fleischer*, AG 2013, 697 mwN.

¹² Genauer: „an einer anerkannten Börse im Sinn des § 2 Z 32 BWG“.

¹³ *Gall* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG², § 3 Rz 8; *Heidinger/Schneider* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵, § 3 Rz 3; *Schopper* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵, § 10 Rz 4; *Brix*, Die Satzung der Aktiengesellschaft (2011) Rz 1/24; *Schopper*, GesRZ 2013, 217.

¹⁴ *Schopper* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵, § 10 Rz 4 und 6; *Bachner*, Namensaktie und Inhaberaktie nach dem GesRÄG 2011, RdW 2011, 511 (513); *Aburumieh/H. Foglar-Deinhardstein*, Neues im Recht der (Namens-)Aktien, Aufsichtsrat aktuell 6/2011, 5 (6 [FN 13] und 9).

¹⁵ Unter Einhaltung der Mindestfordernisse gem § 66 Abs 1, § 66a Abs 1 Z 2 und 5, § 68 Abs 1 Z 2 BörseG ist es grundsätzlich zulässig, dass nicht alle Aktien einer AG zum Handel an einer anerkannten Börse zugelassen werden. Die nicht zugelassenen Teile können auch durch Vinkulierung immobilisierte Namensaktien sein. Praktische Konsequenzen sind ua niedrigere Zulassungsgebühren, aber auch geringere Gewichtung in Aktienindizes, weil die nicht zugelassenen Teile nicht dem *free float* zugerechnet werden.

¹⁶ Vgl auch zu § 65 Abs 1 Z 8 AktG (zweckneutraler Aktienrückwerb bei Börsennotierung) *Karollus* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵, § 65 Rz 50 aE.

¹⁷ *Haberer*, Kapitalgesellschaftsrecht, 273.

¹⁸ Siehe FN 17.

¹⁹ So zumindest für statutarische Übertragungsbeschränkungen auch *Schopper*, GesRZ 2013, 217; *Edelmann*, ecoplex 2013, 707.

falls 1.) soweit sich die Auswirkungen der autonomen Klauseln auf die nicht börsennotierten Aktien beschränken lassen und daher nicht auch auf die börsennotierten Aktien durchschlagen (wie dies aber etwa bei statutarisch eingeräumten versamlungsgebundenen Aktionärsrechten zu vermuten wäre) und 2.) sofern es sich um Namensaktien handelt.²⁰ Bei Namensaktien sind die Aktionäre namentlich bekannt, woraus die Zulässigkeit größerer Spielräume für die privat-autonome Gestaltung abgeleitet werden kann.²¹ Dass die Satzung bei den Übertragungsbeschränkungen unter den Aktien differenzieren kann und nicht alle Aktien den gleichen Übertragungsbeschränkungen unterwerfen muss, war schon bisher für die Vinkulierung anerkannt.²² Dies sollte daher auch für andere Übertragungsbeschränkungen und grundsätzlich für alle autonomen Satzungsklauseln gelten, natürlich unter der Voraussetzung, dass jeweils keine aktienrechtlichen Regeln verletzt werden, die die Satzungsautonomie begrenzen, wie etwa namentlich der Gleichbehandlungsgrundsatz. Gerade der Gleichbehandlungsgrundsatz steht aber der differenzierten Behandlung unterschiedlicher Aktientypen in ein und derselben Gesellschaft nicht prinzipiell entgegen.²³

2. Exkurs: „Börsenotierung“ – (k)ein aktienrechtlicher Begriff?

Im Übrigen ist uE der Begriff der „börsennotierten Gesellschaft“, wie ihn das Aktienrecht verwendet, ein aktienrechtlicher Begriff,²⁴ wie sich schon daraus ergibt, dass die Definition im AktG selbst – und zwar an prominenter Stelle – enthalten ist. Aus dieser Definition folgt (wie erwähnt), dass die AG aktienrechtlich als börsennotierte AG gilt, sobald (irgendwelche) Aktien der AG zum Börsenhandel zugelassen sind. Die Aufspaltung des Aktienrechts in ein Recht für börsennotierte und ein Recht für börsenferne Gesellschaften ergibt sich also zwanglos aus dem Gesellschaftsrecht selbst.²⁵ Ein Rückgriff auf andere Rechtsgebiete ist zur Absicherung dieser Sichtweise uE nicht notwendig – § 3 AktG liefert die erforderliche Definition; der in der Bestimmung erhaltene Verweis ins Banken- und Börserecht dient nur der rechtspraktischen Notwendigkeit, das Abgrenzungskriterium der Börsenotierung präzise bestimmen zu können,²⁶ transportiert aber uE darüber hinaus keine außerhalb des Gesellschaftsrechts stehenden Grundsätze und Wertungen ins Aktienrecht. Das Aktienrecht bleibt daher uE trotz seiner Ausdifferenzierung ein in sich geschlossenes System.

Zwar leitet der OGH die Ausdifferenzierung – unter vielen anderen Argumenten – auch aus dem Umstand ab, dass das ÜbG nur für börsennotierte Gesellschaften gelte. Diese spezifische Begründung könnte aber problemlos fallen gelassen werden, ohne den Fortschritt, den die OGH-Entscheidung

gebracht hat, zu gefährden. Der Anwendungsbereich des ÜbG hat dogmatisch uE keinen unmittelbaren Zusammenhang mit § 3 AktG. Schon die jeweils verwendeten Begriffsdefinitionen sind andere.²⁷ Übernahmerecht und (Börsen-)Aktienrecht haben unterschiedliche Anwendungsbereiche, Regelungsziele und Schutzmechanismen,²⁸ die zwar ineinandergreifen, aber getrennt voneinander betrachtet und nicht vermischt werden sollten.²⁹ Im Ergebnis ist auf Basis von § 3 AktG das Hineintragen von Wertungen des Übernahmerechts, das naturgemäß einer kapitalmarktrechtlich-regulatorischen Logik verpflichtet ist, in das von der Privatautonomie geprägte Gesellschaftsrecht im Allgemeinen nicht notwendig und sollte daher eher vermieden werden.³⁰

Während also für die börsennotierte Gesellschaft uE Übernahme- und Gesellschaftsrecht (weiterhin) parallel³¹ und unvermischt zu sehen sind, wird für die nicht börsennotierte Gesellschaft durch die hier besprochene OGH-Entscheidung, die die Satzungsstrenge lockert, eine Lücke geschlossen. Bisher konnte nämlich eine gesellschaftsrechtliche Schutzlücke darin erblickt werden, dass bei der nicht börsennotierten AG – gerade wegen der traditionellen Sicht der Satzungsstrenge – ein effektiver Schutz der individuellen Anteilshaber vor Abhängigkeitsbegründung nicht darstellbar war. In der GmbH konnte seit jeher durch Satzungsgestaltung vorgebeugt werden und für die börsennotierte AG vermittelte seit seiner Einführung das Übernahmerecht, soweit anwendbar, zumindest indirekt den Konzerneingangsschutz.³² Hingegen schien bei der nicht börsennotierten AG eine Beschränkung der Übertragbarkeit der Anteile wegen der Satzungsstrenge nur sehr limitiert möglich.³³ Dieses Ungleichgewicht dürfte nun durch die neu ausgelegte Satzungsstrenge mit Möglichkeit zur Einführung autonomer Übertragungsbeschränkungen gemildert sein. Dadurch wird wiederum die neue OGH-Rspr als sachlich und systematisch richtig bestätigt.

²⁷ Sogar das dem Aktienrecht im Privatrecht unmittelbar „benachbarte“ UGB verwendet für die börsennotierte Gesellschaft andere Definitionen als das AktG; vgl. *Gall in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG², § 3 Rz 16 FN 22.

²⁸ Vgl. zum Verhältnis Gesellschafts- und Umgründungsrecht/Übernahme- und Kapitalmarktrecht etwa *Rüffler*, Gesellschaftsrecht und Kapitalmarktrecht – über eine schwierige Beziehung, ÖBA 2011, 699 (703 f.); *Diregger/Kalss/Winner*, Das österreichische Übernahmerecht³ (2007) Rz 214; *dies in MünchKomm AktG²*, ÜbG Rz 214; *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht I (2005) § 23 Rz 1 und 106; *Huber in Huber*, ÜbG (2007) § 22 Rz 51; *St. Weber*, Kapitalmarktrecht (1999) 22 und 26; *Nicolussi*, GesRZ 2013, 125 f und 129 f; ausführlich und differenzierend *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht (2010) 420; *Haberer*, Kapitalgesellschaftsrecht, 159 ff; *Schauer*, Kollisionsrechtliche Fragen öffentlicher Übernahmeangebote, in FS Doralt (2004) 529; *Diregger*, Zusammenspiel von Übernahme- und Verschmelzungsrecht bei Sachverhalten mit internationalem Bezug – ein Grenzfall! in FS Aicher (2012) 37; *Kalss/Winner*, Umgründungs- und Übernahmerecht – Versuch einer Synthese, ÖBA 2000, 51; *Zollner*, Zusammenspiel von Börserecht und Übernahmerecht, RdW 2001, 457. Überraschend begründen die Materialien zum Verwaltungsgerichtsbarkeits-Anpassungsgesetz – Justiz (ErlRV 2357 BlgNR 24. GP, 1) den (uE rechtspolitisch sinnvollen) neuen Instanzenzug im ÜbG (von der ÜbK zum OGH) lapidar – und ohne Erwähnung des (teilweise) kapitalmarktrechtlichen Charakters des ÜbG – damit, dass „gesellschafts- und zivilrechtliche Fragen in aller Regel von den ordentlichen Gerichten beurteilt werden“.

²⁹ *Rüffler*, ÖBA 2011, 703 f.

³⁰ Vgl. *Koppensteiner*, Abfindung bei Aktiengesellschaften und Verfassungsrecht, JBl 2003, 707 (710); *H. Foglar-Deinhardstein*, GesRZ 2013, 166 (168). *Koppensteiner* lehnte noch jegliche Differenzierung zwischen börsennotierten und nicht börsennotierten Gesellschaften als unerwünschte Spaltung des Kapitalgesellschaftsrechts ab. Diese Sichtweise ist durch § 3 AktG idF AktRAG 2009 überholt; die seinerzeitigen Bedenken werden aber uE genau dadurch gemildert, dass § 3 AktG eben eine gesellschaftsrechtliche und keine regulatorische Bestimmung ist. Zum europarechtlichen Hintergrund der Differenzierung im Aktienrecht *Haberer*, Kapitalgesellschaftsrecht, 275 f.

³¹ Vgl. *Kalss/Winner*, ÖBA 2000, 52, 64.

³² Vgl. *U. Torggler*, Zur Konzernhaftung nach österreichischem Recht, GesRZ 2013, 11 (12).

³³ *Rüffler*, ÖBA 2011, 703 f; *ders*, Lücken im Umgründungsrecht (2002) 381 FN 1929; vgl. auch *Kalss*, Anlegerinteressen (2001) 501.

²⁰ So *Edelmann*, *ecolex* 2013, 707. Das Erfordernis der Namensaktie kann aus der (verallgemeinerungsfähigen) Regelung des § 62 Abs 2 Satz 1 AktG gefolgert werden. Bei Inhaberaktien wären Übertragungsbeschränkungen wegen der Anonymität der Aktionäre auch ohne praktische Relevanz (vgl. *Ch. Nowotny*, Satzungsstrenge, 418).

²¹ *Kalss*, *ecolex* 2012, 559.

²² *Haberer/Zehetner in Jabornegg/Strasser*, AktG⁵, § 62 Rz 12; *Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG², § 50 Rz 10; vgl. auch *Micheler in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG², § 62 Rz 16; *Winner in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG², § 149 Rz 41; *Schopper*, GesRZ 2013, 217 f und 219.

²³ *Schopper*, GesRZ 2013, 217 f und 219.

²⁴ Vgl. *Schopper in Jabornegg/Strasser*, AktG⁵, § 10 Rz 4; so wohl auch *Kalss*, *ecolex* 2012, 559, die von den „aktienrechtlichen Akzentuierungen“ des Börsenaktienrechts spricht.

²⁵ Vgl. *Bachner/Brix*, RdW 2008, 633.

²⁶ Vgl. *Gall in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG², § 3 Rz 1 und 4.

3. Generelle Relativierung der Satzungsstrenge?

Der OGH stützt seine neue Sicht ua auch auf den Umstand, dass dem AktG gar keine ausdrückliche Norm über die Satzungsstrenge zu entnehmen ist.³⁴ Aus diesem Argument³⁵ könnte – bei aller gebotenen Vorsicht – zu folgern sein, dass sogar für börsennotierte Gesellschaften – oder nach der vorstehend vertretenen Ansicht: für börsennotierte Aktien – die Satzungsstrenge milder als bisher anzuwenden ist, sofern nur die freie Handelbarkeit an der Börse nicht beeinträchtigt wird.³⁶

4. Weitere (zusätzliche oder alternative) Abgrenzungskriterien?

In seiner umfassenden Entscheidungsbesprechung hat *Schopper* mit gewichtigen Argumenten zwei Vorschläge zur Diskussion gestellt, denen aber uE nicht gefolgt werden muss:

4.1. Zum einen regt er an, die Trennlinie hinsichtlich der Satzungsstrenge nicht zwischen börsennotierter und nicht börsennotierter AG, sondern eher zwischen offener und geschlossener Gesellschaft zu ziehen.³⁷ Die erweiterte Satzungsautonomie käme demnach nur für geschlossene Gesellschaften in Frage. Differenzierungsmerkmal wäre das Bestehen einer Vinkulierung der Aktien; im Fall von vinkulierten Aktien entscheide die Gesellschaft selbst über ihren Aktionärskreis und sei daher geschlossen; mangels Vinkulierung sei die Gesellschaft – unabhängig von der Börsennotierung – dem Anlegerpublikum zugänglich und somit offen.

Der Vorschlag hat einiges für sich, zumal das Gesetz selbst die Zulässigkeit gewisser Satzungsklauseln an die Vinkulierung knüpft (siehe dazu sogleich). Hinderlich wäre in der Praxis natürlich, wenn zunächst in einem ersten Schritt die Vinkulierung in die Satzung eingefügt werden müsste, um dann erst in einem zeitverzögerten zweiten Schritt – nach Firmenbucheintragung der Vinkulierung – in den Genuss der flexibleren Satzungsstrenge zu kommen. Hier könnten jedoch der satzungsändernde Beschluss über die zusätzlichen autonomen Regelungen wohl als Ausführungsbeschluss des Beschlusses über die Vinkulierung gesehen werden; Ausführungsbeschlüsse, die auf einer Satzungsänderung aufruhen, dürfen aber schon in derselben HV wie die logisch vorgelagerte Satzungsänderung (hier: die Einführung der Vinkulierung) beschlossen werden, auch wenn die Firmenbucheintragung der Satzungsänderung, die dem Ausführungsbeschluss zugrunde liegt, dann zum Zeitpunkt des Ausführungsbeschlusses klarerweise noch aussteht.³⁸

Trotzdem taugt die vom OGH herangezogene Börsennotierung uE besser als Abgrenzungskriterium. Zunächst wird damit eine vom AktG zur Verfügung gestellte, vielfach verwendete und im Gesetz programmatisch verortete Definition

aufgegriffen. Die gesetzlichen Regelungen zur Vinkulierung sind im Vergleich doch deutlich weniger prominent und eher punktuell. Vor allem aber erscheint die Vinkulierung als Kriterium systematisch nicht recht passend, weil Vinkulierungsklauseln als Satzungsregelungen ja selbst dem Prinzip der Satzungsstrenge unterstehen und hinsichtlich ihrer Zulässigkeit an diesem zu prüfen sind. Demgegenüber stellen Börsezulassung und Börserrückzug klare „Wendepunkte für die Betrachtung“³⁹ dar, die nicht zwingend (materieller) Satzungsbestandteil, sondern grundsätzlich außerhalb der Satzung liegende Bezugspunkte sind. Besonders deutlich wird diese Losgelöstheit etwa beim Börserrückzug (Delisting), der sogar unfreiwillig, dh auch gegen den Willen der Gesellschaft und/oder der Aktionärsmehrheit, zu erfolgen hat, wenn die börsenrechtlichen Voraussetzungen nicht mehr erfüllt sind. Im Vergleich sind Vinkulierungsklauseln uE nicht optimal geeignet, als Kriterium zu dienen, um den Härtegrad der für die jeweilige Gesellschaft anzuwendenden Satzungsstrenge zu bemessen. Würde nämlich eine fehlende Vinkulierung die AG als offene Gesellschaft ausweisen, hätte dies – immer nach *Schopper* – jedenfalls, dh etwa auch im Fall eines unfreiwilligen Delistings, die restriktive Anwendung der Satzungsstrenge zur Folge. Gerade eine solche restriktive Satzungsstrenge könnte dann aber in weiterer Folge die nachträgliche Einführung von Vorkaufs- und Aufgriffsrechten und sonstigen Übertragungsbeschränkungen und/oder sonstigen autonomen Satzungsklauseln – insb wenn diese nicht mit einer Vinkulierung gekoppelt sind – und damit gerade den allenfalls von den Aktionären angestrebten Wechsel in die faktisch geschlossene Gesellschaft und die Abbildung eines solchen Wechsels in der Satzung verhindern.⁴⁰ UE (dazu sogleich) bestehen keine Bedenken gegen solche nicht mit einer Vinkulierung verknüpfte freie Satzungsklauseln. Um daher die Gefahr einer Versteinerung der Satzung bei fehlender Vinkulierung auszuschließen, ist das vom OGH gewählte Unterscheidungsmerkmal der Börsennotierung uE das besser geeignete.

4.2. Zum anderen – und mit dem unmittelbar zuvor referierten Argument zusammenhängend – vertritt *Schopper* auch, dass die Zulässigkeit eines satzungsmäßigen Vorkaufsrechts nur bei vinkulierten Namensaktien anzunehmen sei.⁴¹ Während die OGH-Entscheidung die Frage, ob ein Vorkaufsrecht auch bei nicht vinkulierten Aktien möglich sei, vorerst offenlässt,⁴² meint *Schopper*, der Erwerber nicht vinkulierter Aktien dürfe auf die freie Übertragbarkeit der Aktien vertrauen und sei daher vor unerwarteten Satzungsbestimmungen, die dieses Vertrauen enttäuschen würden, zu schützen. Dem ist aber uE entgegenzuhalten, dass einer Vinkulierung gegenüber einer sonstigen statutarischen Übertragungsbeschränkung keine erhöhte Publizität zukommt: Beide Einschränkungen der Handelbarkeit ergeben sich nicht aus dem Hauptbuch des

³⁴ So meinte schon 2004 K. Schmidt (Gewinnverwendungsklauseln bei Kapitalgesellschaften, in FS Doralt [2004] 597 [607]): „andererseits kennt das österreichische Aktiengesetz nicht das Prinzip der Satzungsstrenge“. Vgl auch Doralt/Diregger in MünchKomm AktG³, § 23 Rz 211.

³⁵ Kritisch dazu *Schopper*, GesRZ 2013, 216.

³⁶ Vgl *Haberer*, Kapitalgesellschaftsrecht, 290. Soweit die deutsche Literatur der Satzungsstrenge kritisch gegenübersteht, wurde dort interessanterweise etwa auch – insb von *Hirte* – gefordert, die Satzungsstrenge genau bei der börsennotierten Gesellschaft flexibler zu sehen als bei der nicht börsennotierten, weil bei der börsennotierten Gesellschaft ohnedies der Kapitalmarkt korrigierend eingreife; vgl dazu *Haberer*, Kapitalgesellschaftsrecht, 260 ff mwN.

³⁷ *Schopper*, GesRZ 2013, 217.

³⁸ *Diregger* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG², § 195 Rz 10; vgl auch E. Gruber in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG², § 104 Rz 46.

³⁹ *Nicolussi*, Änderung der BGH-Judikatur zum Delisting, GesRZ 2013, 308 (309); vgl auch *Kalss/Winner*, GesRZ 2013, 190.

⁴⁰ Die restriktive Satzungsstrenge könnte freilich naturgemäß nicht die nachträgliche Einführung einer Vinkulierung exakt nach dem Bild gem § 62 AktG verhindern, weil eine derartige Satzungsregelung ja vom Gesetz ausdrücklich gestattet ist. Jegliche Abweichung von § 62 AktG wäre aber vor Einführung der Vinkulierung unzulässig.

⁴¹ *Schopper*, GesRZ 2013, 218.

⁴² „Bei einer nicht börsennotierten Aktiengesellschaft ist die Satzungsbestimmung eines Vorkaufsrechts der Aktionäre für den Fall der Veräußerung von Aktien zumindest bei gemäß § 62 Abs 2 AktG vinkulierten Aktien zulässig.“ (Hervorhebung hinzugefügt).

Firmenbuchs, sondern (nur, aber immerhin) aus der Satzung, die über die Urkundensammlung des Firmenbuchs öffentlich einsehbar ist, woraus für die Vinkulierung geschlossen wird, dass diese absolut wirkt und eine vinkulierte Aktie ohne Zustimmung der Gesellschaft bzw des Gerichts nicht wirksam übertragen werden kann.⁴³ Dies muss aber *mutatis mutandis* gleichermaßen für andere statutarische Übertragungsbeschränkungen gelten.⁴⁴ Im Ergebnis ist vom Erwerber nicht börsennotierter Aktien die Prüfung der – ohnedies öffentlich zugänglichen⁴⁵ – Satzung gefordert und dies ist dem Erwerber auch zumutbar, weil der Bestand einer Vinkulierung ebenso nur auf diesem Weg festgestellt werden kann. Autonome Satzungsklauseln zu Übertragungsbeschränkungen sollten somit auch bei nicht vinkulierten Aktien zulässig sein.⁴⁶

Dagegen könnte zwar sprechen, dass die Vinkulierung gem § 62 AktG die einzige vom Gesetz ausdrücklich zugelassene Einschränkung der freien Handelbarkeit der Aktien ist, sodass die Festlegung der Vinkulierung als notwendige Einfallspforte für weitere Übertragungsbeschränkungen gesehen werden könnte. Allerdings ist seit dem GesRÄG 2011 die freie Handelbarkeit von Anteilen nicht börsennotierter Gesellschaften durch die verpflichtende Festlegung auf Namensaktien ohnedies bereits eingetrübt.⁴⁷ Dazu kommt, dass § 62 AktG ein gerichtliches Verfahren zur Aushebelung einer Vinkulierung zur Verfügung stellt. Nach der Lesart des OGH kann der *telos* der Abs 2 bis 4 des § 62 AktG daher auch so verstanden werden, dass sie diese gerichtliche Gestattungskompetenz zur Verfügung stellen (die es ohne gesetzliche Regelung nicht gäbe), während daraus nicht zwingend ein Exklusivitätsanspruch hinsichtlich Übertragungsbeschränkungen abzuleiten ist.⁴⁸

Auch für sonstige autonome Satzungsklauseln könnte fraglich sein, ob diese nur bei vinkulierten Aktien zulässig sind. Immerhin ist nach dem Gesetz das Bestehen vinkulierter Namensaktien die Voraussetzung, um einen Anteil mit dem Recht zur Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern (§ 88 Abs 2 AktG) oder mit einer Nebenverpflichtung (§ 50 Abs 1 AktG) verbinden zu können. Bei den beiden genannten Regelungen dient die Verknüpfung mit der Vinkulierung zwar – wie jede Vinkulierung – ganz allgemein der Absicherung der Gesellschaft, aber jeweils einem im Detail doch recht unterschiedlichen Zweck: Beim Recht zur Entsendung von Aufsichtsratsmitgliedern ist die Gesellschaft in einer passiven Rolle; es geht um ein Aktionärsrecht, das mit der Bestellungskompetenz der HV konkurriert⁴⁹ und somit in die idealtypische Organisationsstruktur der AG eingreift. Die Übertragungsbeschränkung für die Aktie, mit der das Entsendungsrecht verknüpft

ist, soll die Gesellschaft davor sichern, dass Aktionäre in den Genuss des Entsendungsrechts kommen, denen die Gesellschaft bzw Aktionärsmehrheit ein derartiges Privileg nicht einräumen wollte.⁵⁰ Bei der Nebenverpflichtung nach § 50 AktG ist die Gesellschaft hingegen in einer aktiven Rolle; hier dient die Vinkulierung dazu, der Gesellschaft die Sicherung der Nebenleistungen über die Veräußerung der Aktien durch den bisherigen Aktionär hinaus zu ermöglichen, indem etwa die Zustimmung zur Übertragung von Bedingungen abhängig gemacht wird.⁵¹

Es ergibt sich somit angesichts der im Detail heterogenen Regelungszwecke uE keine verallgemeinerungsfähige Wertung, die jedenfalls die Vinkulierung als Voraussetzung für autonome Satzungsklauseln erfordern würde. Dass in der Praxis die Vinkulierung sich oftmals als sinnvolle Regelung erweist und im Einzelfall eine analoge Anwendung von § 88 oder § 50 AktG geboten sein könnte, steht auf einem anderen Blatt.

III. Die Grenzen der Satzungsautonomie

1. Allgemeine Abgrenzungskriterien

Bevor einzelne Gestaltungsmöglichkeiten näher betrachtet werden, soll versucht werden, einen allgemeinen Rahmen hierfür abzustecken. Ausgehend von den zahlreichen ausdrücklichen Ermächtigungen für die Schaffung fakultativer Satzungsbestimmungen⁵² ist anerkannt, dass das AktG diesbezüglich prinzipiell zwingend ist.⁵³ Allerdings wird – und dies hat der OGH jetzt bestätigt⁵⁴ – aus der Tatsache, dass das Prinzip der Satzungsstrenge nicht ausdrücklich gesetzlich verankert ist, abgeleitet, dass Ergänzungen und Abweichungen nicht nur dort zulässig sind, wo das Gesetz keine abschließenden Regelungen enthält, sondern auch dort, wo solche nach dem Zweck der Bestimmung angebracht sind und nicht gegen das Wesen der AG verstoßen wird.⁵⁵ Einigkeit besteht darüber, dass die Grenzen der Zulässigkeit im Einzelfall anhand des Zwecks der entsprechenden Bestimmung zu ermitteln sind.⁵⁶

Jedenfalls unwirksam sind gem § 199 Abs 1 Z 3 AktG Klauseln, die mit dem Wesen der AG unvereinbar sind, die Gläubigerschutzvorschriften oder im öffentlichen Interesse bestehenden Vorschriften widersprechen oder sittenwidrig sind. Hier interessiert der Begriff des „Wesens“ der AG. Die OGH-Entscheidung bestätigt, dass Klauseln, die dem Aktionärschutz widersprechen oder die Rechtspersönlichkeit der AG als juristische Person, die darauf beruhende Trennung der Rechtssphäre der AG und ihrer Aktionäre sowie die Dividendenausschüttung nur aus dem Bilanzgewinn missachten,

⁴³ Micheler in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG², § 62 Rz 23; Haberer/Zehetner in Jabornegg/Strasser, AktG², § 62 Rz 49 und 51; vgl auch Schopper in Jabornegg/Strasser, AktG², § 9 Rz 41; zum Zusammenhang zwischen Publizität und dinglicher Wirkung vgl zB H. Foglar-Deinhardstein/Molitoris, Stiftungsurkunde und -zusatzurkunde – eine komplexe Beziehung, PSR 2012, 4 (9) mwN.

⁴⁴ So auch Schopper, GesRZ 2013, 218 f; offen Schörghofer/R. Gruber, ecolex 2013, 802.

⁴⁵ Wobei sich jedermann diesen Zugang verhältnismäßig rasch und kostengünstig verschaffen kann; vgl (allerdings zur börsennotierten Gesellschaft unter Hinweis auf den ÖCGK) Ch. Nowotny, Satzungsstrenge, 415; Haberer, Kapitalgesellschaftsrecht, 160 und 257.

⁴⁶ Ebenso Edelmann, ecolex 2013, 707.

⁴⁷ Gall in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG², § 1 Rz 32; zur börsenmäßigen Handelbarkeit von Namensaktien H. Foglar-Deinhardstein/Trettnak, Ausgewählte Fragen zum Recht der Namensaktie nach dem GesRÄG 2011, GES 2013, 180 (183).

⁴⁸ Pkt 3.5.2. der Entscheidung; vgl Kalss/Fleischer, AG 2013, 697 und 702 FN 128.

⁴⁹ Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG², §§ 87 – 89 Rz 15.

⁵⁰ Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG², §§ 87 – 89 Rz 17.

⁵¹ Schopper in Jabornegg/Strasser, AktG², § 50 Rz 8; Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG², § 50 Rz 10.

⁵² Übersicht bei E. Gruber in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG², § 17 Rz 35 und Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht, Rz 3/47.

⁵³ E. Gruber in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG², § 17 Rz 33; Heidinger/Schneider in Jabornegg/Strasser, AktG², § 17 Rz 5; Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht, Rz 3/48.

⁵⁴ OGH 8.5.2013, 6 Ob 28/13f.

⁵⁵ E. Gruber in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG², § 17 Rz 33; Heidinger/Schneider in Jabornegg/Strasser, AktG², § 17 Rz 5; Haberer/Zehetner in Jabornegg/Strasser, AktG², § 62 Rz 9; Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht, Rz 3/48.

⁵⁶ E. Gruber in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG², § 17 Rz 33; Heidinger/Schneider in Jabornegg/Strasser, AktG², § 17 Rz 5; Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht, Rz 3/48; Ch. Nowotny, Satzungsstrenge, 411.

nicht in die Satzung aufgenommen werden dürfen.⁵⁷ Als weitere Kriterien, die das Wesen der AG ausmachen, werden genannt: die Kompetenzverteilung unter den Organen,⁵⁸ die Sorgfaltspflichten der Organe⁵⁹ sowie die arbeitsverfassungsrechtliche Mitbestimmung.

Bei der Beleuchtung der unterschiedlichen Behandlung von börsennotierten und nicht börsennotierten bzw. personalistischen AGs ist zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber in erster Linie die Publikums-AG vor Augen hatte. Hier sollte durch die Satzungsstrenge die Aktie als standardisiertes Produkt geschaffen werden. Die Aktionäre sollten vor Überraschungen geschützt sein.⁶⁰ Der heutige § 17 AktG geht auf Art 209 AHGB 1862/1863 zurück, der bereits eine relativ genaue Regelung über den Inhalt des Gesellschaftsvertrages enthielt, der damals noch einer hoheitlichen Genehmigung bedurfte.⁶¹ Obwohl das Konzessionssystem schon kurz danach aufgegeben wurde, hat sich das starre Korsett der Satzungsstrenge bis heute gehalten. Tatsächlich ist die typische österreichische AG heute jedoch personalistisch strukturiert. Der Gesellschafterkreis ist idR geschlossen und besteht zumeist aus (Nachkommen von) Familienmitgliedern oder einer Konzernmutter. Weiters unterscheidet sich die heutige Situation von der Ausgangslage des Gesetzgebers insofern, als sowohl bei börsennotierten als auch bei personalistisch organisierten AGs die Satzung der Allgemeinheit leicht zugänglich ist und so der Schutz der Aktionäre vor Überraschungen in den Hintergrund tritt.⁶²

UA aus diesen Gründen wurde auch schon vor der aktuellen Entscheidung in der Literatur vertreten, dass das Kriterium des Aktionärsschutzes den Gestaltungsspielraum bei einer börsennotierten oder die Börsennotierung zulassenden AG stärker einschränkt als bei einer personalistisch organisierten; dies wurde vom OGH jetzt bestätigt.

Die Erweiterung des Spielraums bei personalistischer Ausgestaltung der AG ist nun schärfer abzugrenzen. Ganz allgemein gilt: Je weiter sich die AG von der typischen börsennotierten AG entfernt, umso geringer wird das Bedürfnis nach Standardisierung der Satzung.⁶³

2. Ermittlung des Wesens der AG bezogen auf die jeweilige AG?

Edelmann vertritt, dass das „Wesen“ der AG nur bezogen auf die jeweilige individuelle AG ermittelt werden kann. Insb sei ins Kalkül zu ziehen, ob es sich um eine Gesellschaft mit offenem oder geschlossenem Aktionärskreis handelt und ob die Aktien börsennotiert seien. Dabei sei das „Wesen“ dynamisch und könne sich im Zuge der Entwicklung der AG auch verändern.⁶⁴ UE darf diese Theorie aber nicht in einem Zirkelschluss münden. Sonst könnte die AG durch jede Satzungsbestimmung „privater“ werden und so immer weitere Satzungsklauseln ermöglichen. Vielmehr sollte das Wesen der

AG bezogen auf die typische börsennotierte oder nicht börsennotierte AG ermittelt werden. IdS ist auch die OGH-Entscheidung zu verstehen.

3. Anlage der autonomen Satzungsbestimmung in einer bestimmten Regelung des AktG?

Weiters steht die Frage im Raum, ob autonome Satzungsbestimmungen nur dann zulässig sind, wenn sie bereits in einer Bestimmung des AktG wurzeln. So wäre zB ein Vorkaufs- bzw. Aufgriffsrecht bereits in § 62 Abs 3 letzter Satz AktG angelegt. Für die Zulässigkeit eines Beirats wird mit § 128 AktG af argumentiert.⁶⁵ Obwohl dies beim Vorkaufsrecht der Fall ist, lässt sich uE der OGH-Entscheidung nicht entnehmen, dass eine derartige Einschränkung beabsichtigt ist. Der OGH hat gerade nicht diese von *Kalss*⁶⁶ bereits angebotene, fokussierte Argumentation aufgegriffen, obwohl dies auf kürzerem Weg zum selben Ergebnis hätte führen können,⁶⁷ sondern eine weitläufigere Untersuchung vorgenommen. Daraus ist uE zu entnehmen, dass eine generelle Weiterentwicklung des Rechts innerhalb der bestehenden Wertungen möglich sein, wenn nicht sogar angeregt werden soll.

4. Mindestabstand zur GmbH?

Schließlich wurde vom OGH noch der „ausreichende Abstand zur GmbH“ erwähnt. Selbst wenn man einen solchen Mindestabstand für erforderlich hält,⁶⁸ was hier offenbleiben kann, ergibt er sich uE ohnedies nicht nur durch die unterschiedlichen Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsvorschriften,⁶⁹ sondern auch durch die Unterschiede bei der Form der Anteilsübertragung, der öffentlich zugänglichen Information über die Gesellschafter und dem Organgefüge. Vor allem Letzteres, nämlich die Möglichkeit, direkt auf die Geschäftsführung in Form von bindenden Weisungen Einfluss zu nehmen, stellt in der Praxis ein wesentliches Abgrenzungskriterium dar, das die Aufrechterhaltung der unterschiedlichen Gesellschaftsformen zu rechtfertigen vermag. Auch bei großzügiger Auslegung der aktienrechtlichen Satzungsautonomie wäre ein bindendes Weisungsrecht der Aktionäre gegenüber dem Vorstand mit dem Wesen der AG, das sich hier im Organgefüge ausdrückt, derzeit nicht vereinbar.

5. Hinweis auf einen Syndikatsvertrag?

Dass das Bedürfnis nach autonomen Regelungen unter den Aktionären besteht, ist in der kautelarjuristischen Praxis evident. Vor allem werden Übertragungsbeschränkungen sowie Regelungen des Stimmverhaltens und der Gewinnverteilung vereinbart. Gegenüber der bisher üblichen Praxis, dies in einem der Öffentlichkeit nicht zugänglichen Syndikatsvertrag zu tun, wäre es idS Verkehrsschutzes von Vorteil, wenn die

⁵⁷ OGH 8.5.2013, 6 Ob 28/13f; 29.8.1995, 1 Ob 586/94 (1 Ob 595/95).

⁵⁸ OGH 29.8.1995, 1 Ob 586/94 (1 Ob 595/95); Hoffmann in Spindler/Stilz, AktG² (2010) § 119 Rz 48.

⁵⁹ Für zulässig gehalten wird jedoch eine Bestimmung, wonach Aufsichtsratsmitglieder nach ihrem Ausscheiden zur Rückgabe aller Unterlagen verpflichtet werden (OLG Düsseldorf 22.3.2007, I-6 U 119/06, ZIP 2007, 1608).

⁶⁰ Vgl. Ch. Nowotny, Satzungsstrenge, 416.

⁶¹ Siehe auch *Kalss/Burger/Eckert*, Die Entwicklung des österreichischen Aktienrechts (2003) Entwicklungen zu § 17; vgl. auch *Kalss/Fleischer*, AG 2013, 695.

⁶² Vgl. Ch. Nowotny, Satzungsstrenge, 415.

⁶³ Schürghofer/R. Gruber, *ecolex* 2013, 800.

⁶⁴ Edelmann, *ecolex* 2013, 707.

⁶⁵ IdF AktG 1965, BGBl 1965/98; gem Abs 2 Z 7 leg cit waren im Geschäftsbericht ua anzugeben: „die Gesamtbezüge (Gehälter, Gewinnbeteiligungen, Aufwandsentschädigungen, Versicherungsentgelte, Provisionen und Nebenleistungen jeder Art) für das Geschäftsjahr und die darüber hinaus im Geschäftsjahr gewährten, bisher in keinem Geschäftsbericht angegebenen Bezüge der Mitglieder des Vorstands, des Aufsichtsrats und eines Beirats oder einer ähnlichen Einrichtung der Gesellschaft“; vgl. Ch. Nowotny, Satzungsstrenge, 411.

⁶⁶ *Kalss*, *ecolex* 2012, 559; siehe dazu auch FN 7.

⁶⁷ Schopper, *GesRZ* 2013, 218.

⁶⁸ Ablehnend *Kalss/Fleischer*, AG 2013, 703; im Ergebnis auch ablehnend H. Foglar-Deinhardstein, Umwandlung einer GmbH mit Unterbilanz in eine AG zulässig? *GES* 2011, 10 (dagegen G. Nowotny, Gründungsprüfung bei Umwandlung einer GmbH in eine AG, *GES* 2011, 386).

⁶⁹ Vgl. *Kalss/Fleischer*, AG 2013, 698.

„wahren“ Verhältnissen zwischen den Aktionären und „ihrer“ AG aus der – leicht öffentlich zugänglichen – Satzung ersichtlich wären.⁷⁰

An der Zulässigkeit der schuldrechtlichen Vereinbarung von Übertragungsbeschränkungen und Stimmbindungsregeln hat sich durch die aktuelle OGH-Entscheidung nichts geändert.⁷¹ Für den Fall, dass eine Klausel innerhalb des vorgezeichneten Rahmens nicht mit mitgliedschaftlicher Wirkung in die Satzung aufgenommen werden, jedoch sehr wohl in einem Syndikatsvertrag schuldrechtlich wirksam vereinbart werden kann, stellt sich die Frage, ob ein solcher Verkehrsschutz durch Publizität zumindest in abgeschwächter Form dadurch erreicht werden kann, dass die Satzung einen Hinweis auf den Syndikatsvertrag enthält. Zur GmbH wird dies mit demselben Argument befürwortet.⁷² Hier wäre auch das grobe Umreißen der Regelungsinhalte des Syndikatsvertrages zulässig.⁷³ Im Gegensatz zur AG gilt jedoch bei der GmbH das Prinzip der Satzungsstrenge nicht. Insofern scheint fraglich, ob eine solche weite Klausel in die Satzung einer AG aufgenommen werden kann.⁷⁴ Was jedoch uE zulässig sein sollte, wäre eine Klausel, wonach sich die Gesellschafter den Abschluss eines Syndikatsvertrages vorbehalten,⁷⁵ ohne Hinweis auf einen konkreten Inhalt oder überhaupt das Bestehen eines Vertrages. Hierbei würde es sich um eine formelle Satzungsbestimmung handeln, die keine mitgliedschaftlichen Auswirkungen zeitigt, jedoch dem Verkehrsschutz dienlich wäre. Eine solche Klausel wäre uE vor dem Hintergrund der Tatsache, dass unter gewissen Voraussetzungen bestimmte Inhalte von Syndikatsverträgen offenzulegen sind, auch bei börsennotierten Gesellschaften zulässig.

IV. Praktische Beispiele für autonome Satzungsregelungen – Fallgruppen

Da der OGH die Reichweite und Grenzen der Satzungsautonomie ausdrücklich offengelassen hat, werden im Anschluss vor dem Hintergrund des zuvor abgesteckten Rahmens exemplarisch drei Fallgruppen dargestellt, die sich für autonome Satzungsregelungen eignen könnten. IdS kann jedoch keine einheitliche Aussage für sämtliche Anwendungsgruppen getätigt werden. Vielmehr muss durch teleologische Auslegung für jede einzelne Gestaltung ermittelt werden, ob diese zulässig ist.⁷⁶ Hiermit soll auch ein Beitrag zu einer „weiteren Diskussion“ hinsichtlich der Satzungsautonomie von Gesellschaften mit Namensaktien geleistet werden, welche im Gesetzgebungsverfahren zum GesRÄG 2004 vor einer gesetzlichen Regelung für erforderlich gehalten wurde.⁷⁷

Die Darstellung erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit; als weiterer Anwendungsbereich wäre zB auch an Aus-

schlussmöglichkeiten oder Austrittsrechte,⁷⁸ allenfalls auch an Kündigungsklauseln⁷⁹ zu denken.

1. Übertragungsbeschränkungen, Vorkaufs- und Aufgriffsrechte

Grundsätzlich hat der OGH in seiner aktuellen Entscheidung die Aussage getätigt, dass die freie Handelbarkeit der Aktie bei nicht börsennotierten Gesellschaften keine Rolle spielt. Dies ist uE zutreffend und gilt, wie oben gezeigt wurde, für alle nicht börsennotierten Aktien. Daraus lässt sich argumentieren, dass auch weitere Übertragungsbeschränkungen zulässig sein können.

Dass Vorkaufsrechte ein geeignetes Sujet für autonome Satzungsbestimmungen sind, wurde bereits in der besprochenen Entscheidung bejaht. Im gegenständlichen Fall sollten diese nur zugunsten von aktuellen Aktionären gelten. Da es sich um materielle Satzungsbestimmungen handelt, spricht nichts dagegen, dass auch zukünftige Aktionäre diese Rechte gemeinsam mit den begünstigten Aktien erwerben.⁸⁰

Denkbar sind verschiedene Arten von Aufgriffsrechten.⁸¹ Da das Aufgriffsrecht im Grundsatz bereits in § 62 Abs 3 letzter Satz AktG angelegt ist, besteht hier uE kein Zweifel, dass ein solches mit dem Wesen der AG vereinbar und daher im besprochenen Rahmen für nicht börsennotierte Aktien in Frage kommt.⁸²

In der Praxis sind weiters Mitübertragungsrechte und -pflichten (*tag along*, *drag along*) und Andienungsrechte üblich.⁸³ Andienungsrechte verpflichten den Käufer, im Andienungsfall die Aktien aufzugreifen. Dies stellt insofern eine hohe Belastung für den Verpflichteten dar, weil er stets sicherstellen muss, dass im Andienungsfall die erforderlichen Mittel zur Verfügung stehen. Dem steht beim Vorkaufsrecht die Wertminderung der Aktien des Verpflichteten durch die praktisch eingeschränkte Veräußerbarkeit gegenüber. Bei Mitveräußerungsrechten (*tag along*) entsteht für den belasteten Aktionär eine dem Vorkaufsrecht wirtschaftlich im weitesten Sinn vergleichbare Belastung durch die erschwerte Veräußerbarkeit. Aus dieser Überlegung wäre unter den von der OGH-Entscheidung herausgearbeiteten Prämissen auch die Verankerung von Mitveräußerungsrechten zulässig.⁸⁴

Bei den Aufgriffsrechten wiederum kann es zu einer Art Enteignung kommen, da der Verpflichtete unter Umständen auch gegen seinen Willen an den Aufgriffsberechtigten verkaufen muss. Dasselbe gilt für die Mitveräußerungspflicht (*drag along*) und Andienungsrechte. Vor dem Hintergrund, dass solche Klauseln nur mit Zustimmung der Betroffenen eingeführt werden können (siehe Pkt VI.), ist diese Einschränkung der Übertragungsfreiheit vertretbar. Dazu kommt, dass eine den Aufgriffsrechten ähnliche Art der (Teil-)Enteignung bereits im

⁷⁰ So auch *Kalss/Fleischer*, AG 2013, 697; idS wohl auch *Haberer/Zehetner* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵, § 62 Rz 9.

⁷¹ Vgl *Schopper*, GesRZ 2013, 218.

⁷² *Kalss*, Zur Zulässigkeit eines Hinweises auf einen Syndikatsvertrag in einem GmbH-Vertrag, GesRZ 2013, 344.

⁷³ *Kalss*, GesRZ 2013, 344.

⁷⁴ Es eröffnen sich weitere Fragen, zB: Kann/muss der Syndikatsvertrag dann vorgelegt und zum Firmenbuchakt genommen werden? UE wäre dies nicht der Fall, da eine Prüfungspflicht des Firmenbuchgerichts uE nicht vorliegt. Das Risiko für die Zulässigkeit der Syndikatsvereinbarungen liegt bei den abschließenden Parteien – dem zwingenden Recht widersprechende Klauseln wären nach österreichischem Recht ohnehin unwirksam und nicht durchsetzbar.

⁷⁵ Textvorschlag bei *Kalss*, GesRZ 2013, 344.

⁷⁶ OGH 8.5.2013, 6 Ob 28/13f; *Kalss/Fleischer*, AG 2013, 698.

⁷⁷ ErlRV 466 BlgNR 22. GP, 5; vgl auch *Schopper*, GesRZ 2013, 217.

⁷⁸ *Kalss/Fleischer* (AG 2013, 698) erwähnen Ausschlussrechte aus wichtigem Grund, etwa bei Verlust der Mitarbeiterstellung oder Verlust als Berechtigter in einem Familienunternehmen; vgl auch *Kalss/Probst*, Familienunternehmen, Rz 17/95.

⁷⁹ Eine entsprechende Satzungsklausel wäre gemäß *Kalss/Probst* (Familienunternehmen, Rz 17/62) als Andienungsrecht oder Aufgriffsrecht zu verstehen.

⁸⁰ So auch *Schopper*, GesRZ 2013, 219.

⁸¹ Zu den Begriffen vgl *Rauter* in *Straube*, GmbHG, § 76 Rz 129.

⁸² *Kalss*, *ecolex* 2012, 559; vgl auch *Kalss/Fleischer*, AG 2013, 698 und 704; zu § 62 Abs 3 AktG *Micheler* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG², § 62 Rz 31 ff; zur Parallelbestimmung bei der GmbH *Rauter* in *Straube*, GmbHG, § 77 Rz 1 ff.

⁸³ *Kalss/Fleischer*, AG 2013, 698; *Kalss/Probst*, Familienunternehmen, Rz 5/61 und 5/90 ff.

⁸⁴ *Edelmann*, *ecolex* 2013, 707.

AktG angelegt ist, nämlich in Form des Bezugsrechtsausschlusses. Hier ist nicht einmal immer die Zustimmung der Betroffenen erforderlich. Kraft gesetzlicher Sonderbestimmung kann ein solcher bei Vorliegen einer sachlichen Rechtfertigung sogar mehrheitlich beschlossen werden.

Zu klären ist weiters, ob, wenn die Aufnahme der genannten Übertragungsbeschränkungen in die Satzung zulässig ist, diese auch die nähere Ausgestaltung vornehmen kann.⁸⁵ Der 6. Senat hat sich hierzu nicht geäußert; auch sonst hat er die Grenzen der erweiterten Satzungsautonomie ausdrücklich offengelassen.⁸⁶ Daraus ist uE iSd Durchführbarkeit der jeweiligen Satzungsklausel der Schluss zu ziehen, dass eine Detaillierung zulässig ist, solange sie nicht (ausnahmsweise) gegen zwingende Vorschriften verstößt. Unter die nähere Ausgestaltung fallen neben ablauftechnischen Details vor allem die Definition des Aufgriffsfalles und die Ermittlung des Übertragspreises. Als Aufgriffsfall sind neben dem Vorkaufsfall auch andere Tatbestände denkbar, zB Tod eines Aktionärs, bestimmte Verfehlungen, Nichtunterfertigung eines Syndikatsvertrages⁸⁷ oder – wie beim *drag along* – der Wunsch eines anderen Aktionärs, zu verkaufen. Im konkreten Fall des § 62 Abs 3 AktG muss bei Verweigerung der Zustimmung ohne wichtigen Grund zwingend der vom Dritten gebotene Preis bezahlt werden. Andere Fälle der Preisermittlung sind der privatautonomen Regelung in der Satzung zugänglich.⁸⁸ Die genauen Grenzen werden hier erst abzustecken sein, wobei zunächst ganz allgemein auf die betreffend die Frage des Kaufpreises iZm Übertragungsbeschränkungen zur GmbH vorliegende Judikatur und Literatur zurückgegriffen werden kann.⁸⁹ Einen Sonderfall stellt die Vereinbarung eines Preises für den Fall der Insolvenz dar. Hier können Buchwertklauseln aufgrund der Gefahr der Gläubigerbenachteiligung problematisch sein.⁹⁰

2. Präsenz-, Zustimmungs- und Weisungsrechte

Die zweite Gruppe der möglichen erweiterten Satzungsbestimmungen betrifft Sonderregelungen für das Zustandekommen von Organbeschlüssen. Dabei ist zunächst an HV-Beschlüsse zu denken. Diese können durch eine abweichende Regelung von Stimmrechten sowie durch besondere Präsenz-, Zustimmungs- oder Vetorechte einzelner Aktionäre⁹¹ gestaltet werden. Auch Weisungsrechte einzelner Aktionäre an andere Aktionäre, ihre Stimme in eine bestimmte Richtung auszuüben (Stimmbindung), bieten sich an. Theoretisch könnte auch an die Beschlussfassung in Organen zu denken sein, auf die Aktionäre in Form von Weisungsrechten Einfluss nehmen könnten.

In der Literatur werden Veto-, Zustimmungs- und Präsenzrechte einzelner Aktionäre zu einzelnen Beschlüssen in

der HV teilweise für zulässig gehalten, großteils schon ohne zwischen börsennotierten und nicht börsennotierten Gesellschaften zu differenzieren.⁹²

Das AktG sieht an verschiedenen Stellen (ganz allgemein für HV-Beschlüsse in § 121 Abs 2 AktG) vor, dass die Satzung eine größere Mehrheit und „noch andere Erfordernisse“ verlangen kann. Es könnte fraglich sein, ob hiermit lediglich rein formale Erfordernisse zu verstehen sind oder ob auch materielle Erfordernisse, wie zB besondere Zustimmungsrechte nicht hierunter fallen. Im deutschen AktG wurde die Formulierung von „andere Erfordernisse“ auf „weitere Erfordernisse“ geändert, was in der Literatur teilweise so verstanden wird, dass der Gesetzgeber eine Beschränkung auf formale Regelungen vornehmen wollte.⁹³ Daraus ließe sich umgekehrt ableiten, dass das österreichische AktG hier auch andere materielle Erfordernisse zulässt.

Die Grenze wird hier einerseits durch den zwingenden Aufbau der AG und andererseits durch das Prinzip des Verbots des Mehrstimmrechts gezogen. Das bedeutet, dass unmittelbare Einflussrechte der HV auf die Stimmbildung in anderen Organen, etwa ein Weisungsrecht an Aufsichtsratsmitglieder, in einer bestimmten Art abzustimmen oder ein Vetorecht eines Aktionärs gegen Beschlüsse eines anderen Organs nicht zulässig sind, da sie die zwingende Kompetenzabgrenzung durchbrechen würden.⁹⁴ Eine indirekte Einflussnahme, zB durch Entsendungsrecht in den Aufsichtsrat verbunden mit Vetorechten bestimmter Aufsichtsratsmitglieder, etwa des Vorsitzenden, wäre vorstellbar.⁹⁵ Möglich wäre auch, die Präsenz bestimmter Aktien oder Aktiengattungen für HV-Beschlüsse vorzuschreiben.⁹⁶ Unzulässig wäre es hingegen, die Zustimmung des Vorstands oder des Aufsichtsrats zu HV-Beschlüssen zu verlangen.⁹⁷ Weiters sind solche Konstruktionen unzulässig, die im Ergebnis wie ein Mehrstimmrecht wirken, dh, bei denen das Kapitalrisiko und der Einfluss ohne gesetzliche Grundlage auseinanderfallen.⁹⁸ Daher wird ein generelles Vetorecht für unzulässig gehalten. Für einzelne Beschlüsse soll dies teilweise zulässig sein, wobei vertreten wird, dass die Regularien sowie die Wahl in den Aufsichtsrat nicht dafür zur Verfügung stehen.⁹⁹ Bei Satzungsänderungen und Kapitalmaßnahmen soll hier ein größerer Spielraum bestehen.¹⁰⁰ Für die Einflussnahme auf die Aufsichtsratsbestellung steht das Entsendungsrecht zur Verfügung, das auch mehrheitlich beschlossen werden kann. Ein generelles Vetorecht gegen alle Satzungsänderungen kommt einem Mehrstimmrecht nahe und wird jedenfalls für börsennotierte Gesellschaften abgelehnt.¹⁰¹ Für einzelne – auch existenziell wesentliche – Beschlüsse, wie zB die Auflösung¹⁰² oder bestimmte Kapitalmaßnahmen, scheint auch dort ein Vetorecht zulässig.

⁸⁵ Zur Vinkulierung vgl. *Micheler* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG², § 62 Rz 30; allgemein zu Rechten der Aktiengattungen OGH 29.8.1995, 1 Ob 586/94 (1 Ob 595/95).

⁸⁶ *Schopper*, GesRZ 2013, 216.

⁸⁷ *Kalss/Winner*, GesRZ 2013, 189.

⁸⁸ *Kalss*, *ecolx* 2012, 559; *Kalss/Winner*, GesRZ 2013, 189; *Schopper*, GesRZ 2013, 218; *Kalss*, Die mangelnde Anwendbarkeit der *laesio enormis* auf einen Aufgriffspreis im Gesellschaftsvertrag eines Familienunternehmens, GesRZ 2013, 244 (245).

⁸⁹ *Schopper*, GesRZ 2013, 218; vgl. dazu zB *Kalss/Probst*, Familienunternehmen, Rz 18/62 ff; *Koppensteiner*, JBl 2003, 707.

⁹⁰ *Edelmann*, *ecolx* 2013, 707.

⁹¹ Vgl. *Kalss/Fleischer*, AG 2013, 698; *E. Gruber* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG², § 146 Rz 13; *Ch. Nowotny*, Satzungsstrenge, 420; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht, Rz 3/54; *Hüffer*, AktG¹⁰ (2012) § 179 Rz 23.

⁹² So *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht, Rz 3/48 und 3/682; einschränkend *Ch. Nowotny*, Satzungsstrenge, 420 ff; *Stern*, Präsenzquoten für Hauptversammlungen einer Aktiengesellschaft – versteckte Vetorechte? GesRZ 1998, 196.

⁹³ Vgl. *Ch. Nowotny*, Satzungsstrenge, 420 mwN.

⁹⁴ OGH 29.8.1995, 1 Ob 586/94 (1 Ob 595/95); *Nagele/Lux* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵, § 146 Rz 6.

⁹⁵ Allerdings ist hier das *missing link* die Wahl des Vorsitzenden des Aufsichtsrats, die durch die zwingende Vorschrift des § 92 Abs 1 AktG alleine dem Aufsichtsrat zugewiesen ist.

⁹⁶ *Ch. Nowotny*, Satzungsstrenge, 420; *Stern*, GesRZ 1998, 198 ff.

⁹⁷ *Ch. Nowotny*, Satzungsstrenge, 420 mwN.

⁹⁸ *Schmidt-Pachinger* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG², § 12 Rz 10 und 36.

⁹⁹ *Ch. Nowotny*, Satzungsstrenge, 421.

¹⁰⁰ Siehe FN 99.

¹⁰¹ *Ch. Nowotny*, Satzungsstrenge, 422.

¹⁰² Siehe FN 101.

Hier kann jedoch gerade für die nicht börsennotierte Gesellschaft ein größerer Spielraum eröffnet werden, da das Wesen einer solchen Gesellschaft idR ein stärkeres Hervortreten von prägenden Aktionären beinhaltet¹⁰³, woraus sich ableiten lässt, dass ein Vetorecht auch für Gruppen von Beschlüssen, zB generell für Satzungsänderungen, zulässig ist. Ebenso gilt dies für die Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern nicht börsennotierter Gesellschaften. Ob eine oder mehrere Bestimmungen dem Höchststimmrecht nahekommen und somit dem Wesen der AG widersprechen, ist uE im Rahmen einer Zusammenschau der gesamten durch die Satzung gewährten Rechte zu ermitteln. Dabei wäre es – zumindest bei der nicht börsennotierten Gesellschaft – auch vorstellbar, dass ein Vetorecht für Regularien geschaffen wird, solange nicht gleichzeitig weitere Rechte in einem Ausmaß hinzutreten, die insgesamt zu einer einem Höchststimmrecht vergleichbaren Lage führen. Unzulässig wäre ein Vetorecht jedenfalls bei solchen Beschlüssen, bei denen die gesetzlich vorgesehene Mehrheit nicht durch die Satzung erhöht werden darf. Weitergehend könnten Präsenzrechte geregelt werden.¹⁰⁴ Selbst bei der nicht börsennotierten Gesellschaft kann eine gesellschaftsrechtlich wirksame Durchbrechung dieser Bestimmung nicht in die Satzung aufgenommen werden. Als hilfswise Maßnahmen verbleiben syndikatsvertragliche Abreden mit schuldrechtlicher Wirkung, allenfalls verbunden mit einer – nicht bindenden – Empfehlung in der Satzung.

In einer Entscheidung aus dem Jahr 2000 hat der OGH die Zulässigkeit einer Satzungsbestimmung, die das Ruhen der Stimmrechte bei Verletzung von Meldepflichten nach dem BörseG vorgesehen hat, verneint. Das Ruhen der Stimmrechte war eine von der Richtlinie 88/627/EWG vorgesehene Maßnahme, die das österreichische Recht jedoch (zulässigerweise) nicht übernommen hatte. Nach Ansicht des OGH widersprach die Bestimmung zwingenden Regelungen des AktG.¹⁰⁵ Als Reaktion darauf hat der Gesetzgeber mit dem AktRÄG 2009 in § 124 AktG die gesetzliche Ermächtigung geschaffen, dass die Satzung das Ruhen des Stimmrechts eines Aktionärs bei Verstoß gegen bestimmte gesetzliche Meldepflichten vorsehen kann. Aus dieser Tatsache ist abzuleiten, dass ein Ruhen des Stimmrechts nach dem Willen des Gesetzgebers nicht ohne Grundlage im AktG in die Satzung aufgenommen werden kann. Das Stimmrecht ist ein Kernrecht der Aktionäre und macht als solches das Wesen der AG aus.¹⁰⁶ Somit kann ein Ruhen des Stimmrechts uE selbst vor dem Hintergrund der neuesten Judikatur nicht ohne eine spezielle gesetzliche Grundlage in die Satzung aufgenommen werden, da es den zwingenden Vorschriften des § 12 (Stimmrecht) und des § 123 AktG (Stimmrecht bei eingezahlten Aktien) widerspricht.

Bei dem Themenblock der Präsenz-, Zustimmung- und Weisungsrechte ist anzumerken, dass großteils vertreten wird, dass solche Satzungsbestimmungen auch in börsennotierten Gesellschaften zulässig sind. Dieses Thema ist noch nicht ausjudiziert. Obwohl solche Rechte als unter „andere Erfordernisse“ fallende Themen auch in börsennotierten Gesellschaften

möglich sein werden, wird es auch hier einen Bereich geben, in dem sich die private AG in ihrem Wesen von der börsennotierten unterscheidet. IdS fordert *Haberer*, dass angesichts des „Aktionärsopportunismus“ bei der börsennotierten Gesellschaft ein stärkerer und unabhängigerer Vorstand notwendig sei als bei der nicht börsennotierten und somit die Satzung bei der nicht börsennotierten Gesellschaft der Verwaltung mehr Vorgaben auferlegen könne als bei der börsennotierten.¹⁰⁷

3. Gewinnermittlung und -verteilung

Autonome Satzungsklauseln könnten auch Sonderregeln über die Gewinnverteilung¹⁰⁸ und – logisch vorgelagert – über die Erzeugung des Jahresabschlusses, der ja der Gewinnverwendung und -verteilung zugrunde liegt, enthalten.

Die zwingenden Grenzen der Kapitalerhaltung dürfen dabei natürlich nicht überschritten werden, die insb verlangen, dass Ausschüttungen betraglich mit dem im (ordnungsgemäß festgestellten) Jahresabschluss ausgewiesenen Bilanzgewinn zu begrenzen sind.¹⁰⁹

Im Prozess der Gewinnverwendung und -verteilung¹¹⁰ weist das Aktienrecht die Kompetenz für die Aufstellung und Feststellung des Jahresabschlusses grundsätzlich der Verwaltung – Vorstand und Aufsichtsrat – zu. Die HV ist demgegenüber in ihrer regelmäßigen Zuständigkeit auf die Beschlussfassung über die Verwendung des Bilanzgewinns, wenn im Jahresabschluss überhaupt ein solcher ausgewiesen ist, beschränkt (§ 104 Abs 2 Z 2 AktG).

Die Verwaltung, die den Jahresabschluss auf- und feststellt, ist im Zuge dessen auch für die Dotierung/Auflösung der Rücklagen zuständig. Die Bildung von Rücklagen schmälert den Bilanzgewinn oder vergrößert den Bilanzverlust, während die Auflösung von Rücklagen den Bilanzgewinn erhöht oder den Bilanzverlust reduziert. Somit kann die Verwaltung – im Rahmen des gemäß Gesetz und Satzung Zulässigen und abhängig von den sonstigen Bilanzpositionen – über die Rücklagen die Höhe des im Jahresabschluss gezeigten Bilanzgewinns (möglicherweise massiv) beeinflussen. Die „entmachtete“¹¹¹ HV ist nicht befugt, im Rahmen des Gewinnverwendungsbeschlusses eine von der Verwaltung vorgenommene Rücklagenbildung rückgängig zu machen, und bleibt daher in der Gewinnverteilung in aller Regel auf den Posten Bilanzgewinn gemäß dem festgestellten Jahresabschluss beschränkt. Eine über das Maß des festgestellten Jahresabschlusses hinausgehende freiwillige Rücklagendotierung (und/oder ein Vortrag des Bilanzgewinns auf neue Rechnung) durch die HV im Rahmen der Gewinnverwendung ist nur dann zulässig, wenn dies die Satzung vorsieht (§ 104 Abs 4 AktG). Mangels einer solchen Ermächtigung ist der Bilanzgewinn zur Gänze auszuschütten.¹¹²

¹⁰⁷ Am Beispiel eines statutarischen Thesaurierungsverbots *Haberer*, Kapitalgesellschaftsrecht, 586 ff, 602 f und 734 f.

¹⁰⁸ *Ch. Nowotny*, Satzungsstrenge, 420; *Schopper*, GesRZ 2013, 216.

¹⁰⁹ So zB OGH 29.8.1995, 1 Ob 586/94 (1 Ob 595/95); vgl auch *Kalss/Fleischer*, AG 2013, 696.

¹¹⁰ Zur Unterscheidung zwischen Gewinnverwendung und -verteilung *Reich-Rohrwig*, Analyse, 612 ff.

¹¹¹ *Reich-Rohrwig*, Analyse, 612.

¹¹² OGH 23.5.2007, 3 Ob 59/07h, GesRZ 2008, 22 (*Linder*) = RWZ 2007, 261 (*Wenger*); *E. Gruber* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG², § 104 Rz 42 ff; *Kalss/Fleischer*, AG 2013, 699; *Haberer*, Kapitalgesellschaftsrecht, 570 und 582; *Spiegelfeld/H. Foglar-Deinhardtstein*, Sanierungsinstrumente in der Krise der Kapitalgesellschaft und Treuepflichten der Anteilseigner, in FS H. Torggler (2013) 1139 (1144) mwN.

¹⁰³ IdS auch *Haberer*, Kapitalgesellschaftsrecht, 586 ff, 602 f und 734 f.

¹⁰⁴ *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht, Rz 23/48 und 3/54; *Winner* in *MünchKomm AktG³*, § 179 Rz 250; *E. Gruber* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG², § 146 Rz 13.

¹⁰⁵ OGH 30.8.2000, 6 Ob 167/00b.

¹⁰⁶ So auch für die GmbH *Rauter/Milchrahm* in *Straube*, GmbHG, § 49 Rz 121.

Auf Basis dieses gesetzlichen vorgegebenen Kompetenzgefüges stellt sich die Frage, inwieweit autonome Satzungsklauseln einerseits in die Kompetenz zur Dotierung/Auflösung von Rücklagen (siehe unten Pkt IV.3.1.) und andererseits in die Kompetenz zur Gewinnverwendung (siehe unten Pkt IV.3.2.) eingreifen können.

Die prinzipiellen Zuständigkeiten hinsichtlich Auf- und Feststellung des Jahresabschlusses einerseits und Beschlussfassung über den Gewinn andererseits sind gesetzlich zwingend¹¹³ und spiegeln den Charakter der AG wider: Die AG ist eine Gesellschaftsform mit starker Verwaltung und fungiblen Anteilen, die den Anteilseignern mehr finanzielle Anreize als Mitwirkungsrechte bieten. In die grundsätzliche Kompetenzverteilung zwischen den jeweiligen Organen kann daher durch die Satzung nicht eingegriffen werden. Sehr wohl ist es aber nach hM zulässig, den Organen in der Ausübung der ihnen zugewiesenen Kompetenzen durch entsprechende Satzungsgestaltung gewisse Anleitungen vorzugeben.

Das ist sogar für die börsennotierte AG anerkannt. Nach der neuen Judikatur ist aber anzunehmen, dass auch zu dieser Frage bei der nicht börsennotierten Gesellschaft über das allgemein anerkannte Maß hinaus noch größere Gestaltungsmöglichkeiten bestehen.

3.1. Thesaurierung/Rücklagenbildung

Autonome Satzungsklauseln zur Frage der Rücklagenbildung führen zu einer Kräfteverschiebung in der AG, weil die Rücklagenbildung und die damit verbundene Thesaurierung ja an sich, wie erwähnt, in die Ermessenszuständigkeit der Verwaltung fallen.

- Die Satzung kann die Verwaltung verpflichten, Rücklagen in bestimmter Höhe zu dotieren (Thesaurierungsgebot).¹¹⁴ Dies ist, soweit es sich um Teilbeträge des ansonsten ausschüttungsfähigen Bilanzgewinns handelt, unbedenklich. Problemlos wäre uE auch, ein Thesaurierungsgebot aufzuerlegen, soweit die für eine Ausschüttung des vorhandenen Bilanzgewinns notwendige Liquidität durch Fremdfinanzierung bereitgestellt werden müsste.¹¹⁵ Die Zulässigkeit eines vollständigen Thesaurierungsgebots in der Satzung könnte *prima facie* insofern fraglich sein, als eine derartige Regelung doch relativ schwerwiegend in die Leitungsfunktion des Vorstands eingreift.¹¹⁶ Außerdem hindert ein derartiges Gebot die Gesellschaft, den Aktionären über Bilanzgewinnausschüttungen einen *return on investment* zu zeigen, und schneidet die Gesellschaft damit wirtschaftlich möglicherweise von der Zufuhr frischen Eigenkapitals ab.¹¹⁷ Jedenfalls im Rahmen der flexiblen Satzungsstrenge für nicht börsennotierte Gesellschaften wäre uE aber doch auch ein vollständiges Thesaurierungsgebot zulässig; man denke nur an Gesellschaften mit einem ideellen oder

gemeinnützigen Zweck.¹¹⁸ Durch die Publizität einer entsprechenden autonomen Satzungsklausel ist der erforderliche Verkehrsschutz gewährleistet, sodass auch das zum Schutz der Minderheit allenfalls eingreifende Aushungerungsverbot¹¹⁹ einer derartigen Satzungsgestaltung uE nicht entgegensteht.

- Die Satzung kann auch – im Rahmen des gesetzlich Zulässigen – die Verwaltung in der Bildung von Rücklagen (teilweise oder gänzlich) beschränken (Thesaurierungsverbot) und auf diesem Weg schon auf der Ebene der Jahresabschluss-Auf- und -Feststellung, die der Gewinnverteilung vorgelagert sind, ein Vollausschüttungsgebot verwirklichen.¹²⁰ *Haberer* kommt nach ausführlicher historischer, rechtsvergleichender und rechtsökonomischer Untersuchung zum Schluss, dass eine solche satzungsmäßige Thesaurierungsbeschränkung zumindest in der nicht börsennotierten Gesellschaft zulässig sein müsse. In der börsennotierten Gesellschaft sei dies hingegen zweifelhaft, weil dort die Gefahren des Aktionärsopportunisten überwiegen; gegen diesen Aktionärsopportunisten müsse sich die Verwaltung durch die Möglichkeit der Rücklagenbildung wirksam zur Wehr setzen können, wobei die diesbezügliche Politik der Verwaltung ohnedies der Kontrolle durch den Kapitalmarkt unterliege.¹²¹

3.2. Gewinnverwendung

Die Satzung kann von den gesetzlichen Gewinnverwendungs- und -verteilungsvorschriften beliebig abweichen,¹²² sofern die HV bei der Gewinnverteilung materiell an den Maximalbetrag des im Jahresabschluss ausgewiesenen Bilanzgewinns und formell an den ordnungsgemäß festgestellten Jahresabschluss gebunden bleibt.¹²³ Auch bei der börsennotierten Gesellschaft dürfte diesbezüglich die Satzungsstrenge nicht allzu eng zu sehen sein, zumal es mit § 104 Abs 4 und § 53 Abs 3 AktG¹²⁴ ausdrückliche gesetzliche Ermächtigungen zu Satzungsregelungen über Gewinnverwendung und -verteilung gibt:

- Die Satzung kann zB eine asymmetrische (disproportionale) Gewinnverteilung¹²⁵ oder eine Vorzugsdividende für eine bestimmte Aktiengattung¹²⁶ vorsehen.
- Die Satzung kann auch Mindest- oder Höchstgrenzen oder Bedingungen für die Ausschüttung aus dem Bilanzgewinn festlegen.¹²⁷ So könnte die Gewinnausschüttung insgesamt mit dem Konzerngewinn begrenzt oder für den individuellen Aktionär an die von ihm erbrachten Nebenleistungen¹²⁸ oder – in genossenschaftlich ausge-

¹¹³ OGH 29.8.1995, 1 Ob 586/94 (1 Ob 595/95); *Haberer*, Kapitalgesellschaftsrecht, 586 f; *Kalss/E. Gruber in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG², § 96 Rz 10, 22 und 33; *E. Gruber in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG², § 104 Rz 1 und 7; *Kalss/Fleischer*, AG 2013, 699.

¹¹⁴ *Haberer*, Kapitalgesellschaftsrecht, 585 f.; *Reich-Rohrwig*, Analyse, 613.

¹¹⁵ Zur grundsätzlichen Verpflichtung, die Liquidität für die Gewinnausschüttung gegebenenfalls auch fremdzufinanzieren, *Artmann in Jabornegg/Strasser*, AktG², § 53 Rz 8; *Spiegelheld/H. Foglar-Deinhardstein*, Sanierungsinstrumente, 1144 mwN.

¹¹⁶ *Haberer*, Kapitalgesellschaftsrecht, 586.

¹¹⁷ *Spiegelheld/H. Foglar-Deinhardstein*, Sanierungsinstrumente, 1143 und 1147.

¹¹⁸ *E. Gruber in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG², § 104 Rz 46 und § 146 Rz 9 FN 31 (auch zum Mehrheitserfordernis für eine nachträgliche Satzungsänderung); zur gemeinnützigen AG vgl *G. Prinz/J. Prinz*, Gemeinnützigkeit im Steuerrecht² (2004) 220.

¹¹⁹ Vgl zu diesem Begriff *E. Gruber in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG², § 104 Rz 44; *Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht, Rz 3/704.

¹²⁰ *Ch. Nowotny*, Satzungsstrenge, 418 f.

¹²¹ *Haberer*, Kapitalgesellschaftsrecht, 586 ff, 602 f und 734 f.

¹²² *Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht, Rz 3/50 und 3/706.

¹²³ Vgl *Haberer*, Kapitalgesellschaftsrecht, 585 FN 3370; *Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG², § 53 Rz 10.

¹²⁴ Vgl ausführlich *Artmann in Jabornegg/Strasser*, AktG², § 53 Rz 25 ff; *Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG², § 53 Rz 10 ff.

¹²⁵ *Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht, Rz 3/706; *Kalss/Fleischer*, AG 2013, 699.

¹²⁶ *Ch. Nowotny*, Satzungsstrenge, 418.

¹²⁷ *Kalss/Fleischer*, AG 2013, 699.

¹²⁸ *Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG², § 53 Rz 15.

richteten Gesellschaften – an seine jeweiligen Umsätze mit der Gesellschaft geknüpft sein.¹²⁹

- Die Satzung kann zur Ausschüttung von Sachdividenden ermächtigen.¹³⁰ Grundsätzlich lautet der Dividendenanspruch ja auf Zahlung in Geld. Sachdividenden sind demgegenüber zwar zulässig, können aber dem einzelnen Aktionär nicht durch Mehrheitsbeschluss aufgedrängt werden, sondern bedürfen der Zustimmung des jeweils betroffenen Anteilsinhabers.¹³¹ Diese individuelle Zustimmung ist aber nicht notwendig, wenn die Satzung zur Ausschüttung von Sachdividenden ermächtigt¹³² und damit in Erfüllung ihrer Warnfunktion das Vertrauen auf eine Bardividende entfallen lässt. Zwar enthält das österreichische AktG keine Parallelbestimmung zum deutschen Aktienrecht, wo § 58 Abs 5 dAktG ausdrücklich die Möglichkeit eröffnet, die Sachdividendenoption in der Satzung festzuschreiben.¹³³ Die Zulässigkeit einer derartigen Satzungs Ermächtigung lässt sich aber für das österreichische Recht *a maiore ad minus* aus § 104 Abs 4 AktG ableiten, weil der HV ja statutarisch sogar das Recht zum (gänzlichen) Abschluss der Gewinnverteilung zugebilligt werden kann.¹³⁴ Wegen § 104 Abs 4 AktG kann nicht einmal bei der börsennotierten Gesellschaft die Satzungsstrenge für eine derartigen Satzungsklausel ein Hindernis bedeuten.¹³⁵
- In Fortschreibung dieser Argumentation muss es auch möglich sein, dass die Satzung die Gesellschaft zur Ausschüttung einer *scrip dividend* („Aktividende“)¹³⁶ ermächtigt. Bei Ausschüttung einer *scrip dividend* erhalten die Aktionäre anstelle einer Bardividende zusätzliche Anteile („Gratisaktien“), um die Liquidität der Gesellschaft zu schonen. Eine derartige Ausschüttung kann etwa aus den von der Gesellschaft gehaltenen eigenen Aktien oder aus einem genehmigten Kapital gem §§ 169 ff AktG gespeist werden.¹³⁷ Analog zu den vorstehenden genannten Regeln zur Sachdividende bedarf die Ausschüttung einer Aktividende grundsätzlich der Einwilligung des jeweiligen Aktionärs. Auch hier wäre es aber – insb bei einer Aktividende durch Ausschüttung der von der Gesellschaft gehaltenen eigenen Anteile – uE zulässig, dass diese individuelle Zustimmung vorab durch eine generelle Satzungs Ermächtigung substituiert wird. Auch wenn

es bei der individuellen Genehmigung durch den einzelnen Aktionär bleibt, könnte die Satzung zB vorsehen, dass die Fälligkeit der Dividende für jene Aktionäre, die die *scrip dividend* wählen, früher eintritt als für die, die bei ihrem Recht auf Bardividende bleiben.¹³⁸

- Die Satzung kann auch die Verjährung abgereifter Gewinnausschüttungen regeln.¹³⁹

V. Zur Frage der absoluten Wirkung autonomer Satzungsregelungen

1. Der Hinweis der OGH-Entscheidung zum „rein schuldrechtlichen Bereich“

Nach dem OGH ist das im hier besprochenen Verfahren gegenständliche satzungsmäßige Vorkaufsrecht dem „*rein schuldrechtlichen Bereich*“ zuzuordnen. Diese Formulierung ist missverständlich, weil statutarisch verankerte Aufgriffs- und Verkaufsrechte an sich genau nicht „*rein schuldrechtlicher*“, sondern im Gegenteil mitgliedschaftlicher Natur sind, die betroffenen Aktien eine drittwirksame Prägung verleihen und somit als dingliches Verfügungsverbot wirken.¹⁴⁰ Auch ein gutgläubiger Erwerb von Aktien, die mit einem statutarischen Aufgriffs- oder Vorkaufsrecht belastet sind, scheidet daher uE grundsätzlich aus (siehe bereits oben Pkt II.4.2.). Im Allgemeinen sind statutarische Aufgriffs- und Vorkaufsrechte auch insolvenzfest.¹⁴¹

Aus dem Kontext der Entscheidung ergibt sich aber, dass der OGH wohl keine abschlägige Aussage zur mitgliedschaftlichen Natur von statutarischen Vorkaufsrechten treffen wollte, was im Übrigen den mit der gegenständlichen Entscheidung erzielten Fortschritt empfindlich schmälern würde. Wenn der OGH das konkret zu beurteilende Vorkaufsrecht dem „*rein schuldrechtlichen Bereich*“ zugeordnet hat, so wohl nur vor dem Hintergrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes, und zwar in Hinblick darauf, dass das verfahrensgegenständliche Vorkaufsrecht nicht durch bloßen Mehrheitsbeschluss eingeführt, sondern vielmehr von allen Aktionären einstimmig beschlossen worden war. Damit steht dieses nachträglich eingeführte Vorkaufsrecht nach Ansicht des OGH¹⁴² einem bereits in der ursprünglichen Satzung festgelegten Vorkaufsrecht gleich, weil auch die ursprüngliche Satzung nur von allen Aktionären einstimmig erzeugt werden kann. Das gegenständliche Vorkaufsrecht ist daher mangels Mehrheitsherrschaft ebenso wenig wie ein in der ursprünglichen Satzung enthaltenes Vorkaufsrecht am Gleichbehandlungsgebot zu messen¹⁴³ und kann daher aus diesem Blickwinkel als „*rein schuldrechtlich*“ qualifiziert werden.

Dazu kommt, dass das konkret zu beurteilende Vorkaufsrecht gemäß einer entsprechenden Satzungsklausel für zukünftige Erwerber von Aktien nicht gelten soll. Auch mit Blick auf diese mangelnde Bindungswirkung für künftige Aktionäre konnte das zu würdigende Vorkaufsrecht in seiner konkreten Ausprägung also als „*rein schuldrechtlich*“ – im

¹²⁹ Ch. Nowotny, Satzungsstrenge, 418.

¹³⁰ Dies andeutend Ch. Nowotny, Satzungsstrenge, 419.

¹³¹ E. Gruber in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG², § 104 Rz 47 und 52 f.

¹³² Artmann in Jabornegg/Strasser, AktG², § 53 Rz 7; Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht, Rz 3/707; Ch. Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht, Rz 4/395; Brix, Satzung, Rz 7/638; Stern, Nur Bargeld lacht? in FS Doralt (2004) 625 (628 f); Spiegelfeld/H. Foglar-Deinhardstein, Sanierungsinstrumente, 1163.

¹³³ Vgl Gättsch in Marsch-Barner/Schäfer, Handbuch börsennotierte AG³ (2014) § 4 Rz 68; Drygala in Kölner Komm AktG³, § 58 Rz 171 ff.

¹³⁴ Stern, Bargeld, 628; Sauerer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG², § 52 Rz 132.

¹³⁵ Zur Frage der KESt-Steuerbelastung bei der Sachdividende Drygala in Kölner Komm AktG³, § 58 Rz 169; Stern, Bargeld, 629; Spiegelfeld/H. Foglar-Deinhardstein, Sanierungsinstrumente, 1162 f; zur Frage der allfälligen Mangelhaftigkeit der ausgeschütteten Sachen Drygala in Kölner Komm AktG³, § 58 Rz 186 mwN.

¹³⁶ Spiegelfeld/H. Foglar-Deinhardstein, Sanierungsinstrumente, 1160 ff; zur *scrip dividend* bei der Deutsche Telekom AG im Jahr 2013 Gättsch in Marsch-Barner/Schäfer, Börsennotierte AG³, § 4 Rz 68 FN 4.

¹³⁷ Spiegelfeld/H. Foglar-Deinhardstein, Sanierungsinstrumente, 1162. Ein ähnlicher Gedanke – „Gratisaktien“ neben oder statt einer Bardividende – liegt vor, wenn die Aktionäre der Muttergesellschaft im Wege einer Abspaltung – mit Anteilsgewähr an die Aktionäre – direkt an einer bisherigen Tochtergesellschaft beteiligt werden (zB Siemens/Osram, Schlumberger/Gurktaler, Immofinanz/Buwog); vgl Meyer in Marsch-Barner/Schäfer, Börsennotierte AG³, § 7 Rz 10; Harrer/Carbonare/Fritsche, Börsennotierung nach Abspaltung als Handlungsalternative zum klassischen Börsengang, BKR 2013, 309.

¹³⁸ Vgl Spiegelfeld/H. Foglar-Deinhardstein, Sanierungsinstrumente, 1164.

¹³⁹ E. Gruber in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG², § 104 Rz 54; H. Foglar-Deinhardstein/Trettnak, GES 2013, 181.

¹⁴⁰ Schopper, GesRZ 2013, 219; vgl auch Wenger, RWZ 2013, 284.

¹⁴¹ Edelmann, eolex 2013, 707 mwN.

¹⁴² Unter Verweis auf Geist in Jabornegg/Strasser, AktG², § 47a Rz 3 f; Doralt/Winner in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG², § 47a Rz 8.

¹⁴³ Zustimmend Schopper, GesRZ 2013, 218.

Gegensatz zu materiell-korporativ – qualifiziert werden.¹⁴⁴ Soweit eine Regelung zur Übertragungsrestriktion auf den Kreis der beschlussfassenden Aktionäre beschränkt bleibt und für zukünftige Aktionäre ausdrücklich nicht gilt, ist übrigens auch kein Hindernis ersichtlich, die entsprechenden Klauseln im Verhältnis der Aktionäre zueinander nicht objektiv, sondern nach allgemeinen zivilrechtlichen Interpretationsregeln auszulegen.¹⁴⁵

Die Aussage des OGH zum schuldrechtlichen Charakter bezieht sich uE also einzelfallbezogen auf die Erzeugung und die Bindungsdauer des nachträglich eingeführten Vorkaufsrechts; über den Einzelfall hinaus dürfte keine Aussage intendiert gewesen sein. Über die allgemeinen Wirkungen eines statutarischen Vorkaufsrechts – die als mitgliedschaftlich und damit absolut zu beurteilen sind – ist uE in der OGH-Entscheidung nichts ausgesagt.

Satzungsklauseln haben auch in zeitlicher Hinsicht quasi-absolute Wirkung, weil für die Satzung – im Gegensatz zum Syndikatsvertrag¹⁴⁶ – der Grundsatz der jederzeitigen Kündigung aus wichtigem Grund nicht gilt.¹⁴⁷

2. Bindung des Vorkaufsrechts an das Aktienbuch?

Die absolute Wirkung eines statutarischen Vorkaufsrechts, das eine wirksame Übertragung der Aktien selbst bei gutem Glauben der Vertragsparteien verhindert (siehe oben Pkt II.4.2. und V.1.), wirft die praktische Frage auf, wie eigentlich die Vorkaufsberechtigten zu ermitteln sind. Wenn die Vorkaufsberechtigten die übrigen Aktionäre (und nicht außenstehende Dritte)¹⁴⁸ sind, ist es *prima facie* naheliegend, zu diesem Zweck auf die im Aktienbuch gem § 61 AktG eingetragenen Informationen zurückzugreifen. Jedem Aktionär kommt grundsätzlich das Recht auf Einsicht in das Aktienbuch zu.¹⁴⁹ Problematisch idZ könnte jedoch § 61 Abs 2 Satz 1 AktG sein, in dem es heißt: „Im Verhältnis zur Gesellschaft gilt als Aktionär nur, wer als solcher im Aktienbuch eingetragen ist“ (Hervorhebung hinzugefügt). Nach hA folgt daraus ua, dass die Eintragung im Aktienbuch nur deklarativ oder, genauer,¹⁵⁰ zumindest im Rechtsverhältnis der Parteien einer Übertragung von Aktien nicht konstitutiv wirkt. Es ist daher möglich, dass der zivilrechtliche Eigentümer von Aktien an einer Gesellschaft, obwohl er diese bereits wirksam erworben hat, fälschlicherweise (noch) nicht im Aktienbuch aufscheint. Wenn sich die Parteien einer Übertragung von Aktien, die mit einem statutarischen Vorkaufsrecht belastet sind, bei der Abwicklung des Vorkaufsrechtsprozesses auf die Richtigkeit des Aktienbuchs verlassen, könnte dies daher zur praktischen Folge haben, dass sie einen solchen „verdeckten Aktionär“ übergehen. Bedeutet das aber letztlich, dass diesfalls die wirksame Übertragung der dem Vorkaufsrecht unterliegenden

Aktien wegen der absoluten Wirkung der Übertragungsbeschränkung scheitert?

UE kann doch überlegt werden, den Rechtsscheintatbestand des § 61 Abs 2 Satz 1 AktG auch bei der Umsetzung der Übertragung von Aktien, die mit einem Vorkaufsrecht belastet sind, nutzbar zu machen. Zwar dürfen sich Dritte, wie insb auch Erwerber von Aktien, grundsätzlich nicht auf § 61 Abs 2 Satz 1 AktG berufen.¹⁵¹ Verpflichteter eines Vorkaufsrechts ist aber in erster Linie nicht der potenzielle Erwerber, sondern der veräußerungswillige Aktionär, weshalb ein statutarisches Vorkaufsrecht (auch) dem mitgliedschaftlichen Bereich angehört. Umgekehrt stellt das Recht des vorkaufsberechtigten Aktionärs durch die Verankerung in der Satzung ein Aktionärsrecht dar, das auch gegenüber der Gesellschaft selbst korporative Relevanz beanspruchen kann. So wird die Gesellschaft etwa vor Eintragung eines neuen Aktionärs ins Aktienbuch zu prüfen haben, ob statutarische Vorkaufsrechte beachtet wurden.¹⁵²

Die Geltendmachung von Aktionärsrechten gegenüber der Gesellschaft ist bei Namensaktien jedenfalls an die Eintragung im Aktienbuch gebunden; der nicht im Aktienbuch eingetragene Aktionär ist grundsätzlich an der Ausübung seiner Aktionärsrechte gehindert.¹⁵³ Es erscheint daher naheliegend, diese Prinzipien auch für statutarische Aktionärsrechte wie Vorkaufsrechte anzuwenden, die zwar nicht unmittelbar die Gesellschaft und deren Organe verpflichten, aber durch ihre Festschreibung in der Satzung doch dem Innenbereich der Gesellschaft zuzuordnen sind. Auch nach der Rspr des OGH wird das Aktienbuch nicht nur im Interesse der Gesellschaft, sondern auch in dem der Aktionäre geführt; es beurkundet nicht nur die Rechtsverhältnisse zwischen Aktionär und Gesellschaft, sondern gibt auch Aufschluss über die Mitgliedschaftsrechte der Aktionäre.¹⁵⁴ Das hier vorgeschlagene Ergebnis, dass die Ausübung und die absolute Wirkung eines statutarischen Vorkaufsrechts an die Eintragung des berechtigten Aktionärs im Aktienbuch geknüpft sein sollten, wäre uE jedenfalls idS Rechtsklarheit¹⁵⁵ und des Verkehrsschutzes. Eine entsprechende klarstellende Regelung in der Satzung ist empfehlenswert. Fraglich ist allerdings, ob eine solche Regelung auch zulasten eines Aktionärs gelten kann, den die Gesellschaft trotz Mitteilung und Nachweises zu Unrecht nicht ins Aktienbuch einträgt.

3. Rechtsfolgen der Verletzung autonomer Satzungsklauseln

Bei den autonomen Satzungsbestimmungen handelt es sich um indifferente Satzungsbestandteile.¹⁵⁶ Diese können wahlweise entweder als materielle oder formelle Satzungsbestandteile gestaltet werden.¹⁵⁷ Notwendig materielle Satzungsbestandteile beruhen entweder auf einer gesetzlichen Vor-

¹⁴⁴ Vgl Brix, Satzung, Rz 2/33.

¹⁴⁵ Vgl Brix, Satzung, Rz 2/9 und 2/37; H. Foglar-Deinhardstein/Molitoris, PSR 2012, 6, 8 und 9; aA offenbar Schopper, GesRZ 2013, 219.

¹⁴⁶ Vgl OGH 28.4.2003, 7 Ob 59/03g; 14.9.2011, 6 Ob 80/11z, GesRZ 2012, 129 (Artmann).

¹⁴⁷ Wenger, RWZ 2013, 284, unter Hinweis auf Kalss.

¹⁴⁸ Zur (GmbH-rechtlichen) Zulässigkeit von statutarischen Aufgriffsrechten außenstehender Dritter OGH 14.9.2011, 6 Ob 81/11x, GesRZ 2012, 180 (Fragner); St. Foglar-Deinhardstein, GesRZ 2011, 125 (126).

¹⁴⁹ Haberer/Zehetner in Jabornegg/Strasser, AktG⁵, § 61 Rz 35.

¹⁵⁰ Vgl Haberer/Zehetner in Jabornegg/Strasser, AktG⁵, § 61 Rz 40.

¹⁵¹ Micheler in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG², § 61 Rz 12.

¹⁵² Vgl zur Prüfungskompetenz der Gesellschaft Haberer/Zehetner in Jabornegg/Strasser, AktG⁵, § 61 Rz 60.

¹⁵³ Bachner in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG², § 10a Rz 7.

¹⁵⁴ OGH 16.11.1965, 8 Ob 260/65.

¹⁵⁵ Vgl zur Rechtsklarheit als Zweck des § 61 Abs 2 Satz 1 AktG Haberer/Zehetner in Jabornegg/Strasser, AktG⁵, § 61 Rz 40.

¹⁵⁶ E. Gruber in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG², § 16 Rz 15; Kalss, GesRZ 2013, 344; in der Literatur werden hier zB Nebenpflichten der Aktionäre und Gewinnbeteiligungen der Vorstandsmitglieder genannt.

¹⁵⁷ E. Gruber in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG², § 16 Rz 15; Hüfner, AktG¹¹ (2014) § 23 Rz 5.

schrift oder auf einer ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung, was hier gerade nicht der Fall ist.¹⁵⁸ Notwendig formelle Satzungsbestandteile können nicht als materielle Bestandteile gestaltet werden, da sie über die Grenze der Satzungsautonomie hinausgehen.¹⁵⁹ Im vorliegenden Fall besteht gerade das Interesse der Untersuchung darin, materielle und damit drittwirksame Satzungsbestandteile zu schaffen. Soweit dies zulässig ist – soweit sich die jeweilige Bestimmung also im Rahmen der Satzungsautonomie bewegt –, wird die Aufnahme in die Satzung idR für das Vorliegen einer materiellen Regelung sprechen.¹⁶⁰

Als materielle Satzungsbestandteile unterliegen autonome Satzungsbestimmungen der objektiven Auslegung,¹⁶¹ wobei in personalistischen Gesellschaften verstärkt auf das subjektive Verständnis abzustellen ist.¹⁶²

Da autonome Satzungsklauseln uE mit mitgliedschaftlicher Natur erzeugt werden können, richten sich die Rechtsfolgen der Verletzung einer autonomen Satzungsklausel grundsätzlich nach allgemeinen Regeln:

- Verletzungen der Satzung durch die Organe der AG können zur Abberufung und zu Schadenersatzpflichten führen.¹⁶³
- Verletzungen der Satzung durch Beschlüsse der HV können durch Anfechtungsklage¹⁶⁴ oder durch positive Beschlussfeststellungsklage¹⁶⁵ aufgegriffen werden.
- Verletzungen von Satzungsklauseln, die die Aktionäre untereinander binden, sind unter den Aktionären (auch) wie Verletzungen einer schuldrechtlichen Verpflichtung zu behandeln.¹⁶⁶ Statutarischen Beschränkungen der Übertragbarkeit von Aktien kommt zusätzlich wegen der Publizität der Aktien auch dingliche Wirkung zu (siehe schon oben Pkt V.1.).

VI. Die Erzeugung autonomer Satzungsregelungen

1. Allgemeines

Autonome Satzungsregelungen können entweder bereits in der Gründungssatzung einer AG enthalten sein oder durch spätere Satzungsänderung gem §§ 145 ff AktG geschaffen werden. Letzteres liegt als inhaltliche Satzungsänderung in der alleinigen Zuständigkeit der HV.¹⁶⁷ Im entscheidungsgegenständlichen Fall spielte die Frage der erforderlichen Mehrheit keine Rolle, da die Änderung der Satzung von allen

Aktionären einstimmig beschlossen wurde. Ganz allgemein gilt, dass gem § 146 AktG der Beschluss neben der einfachen Stimmenmehrheit einer Mehrheit von mindestens drei Vierteln des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals bedarf, wobei jedoch die Satzung eine andere Kapitalmehrheit¹⁶⁸ sowie auch eine höhere Stimmenmehrheit vorsehen und darüber hinaus auch noch andere Erfordernisse aufstellen kann.¹⁶⁹

Wenn sich die Satzungsänderung zum Nachteil einer Aktiengattung auswirkt, so ist nach § 146 Abs 2 AktG ein Sonderbeschluss dieser Gattung erforderlich.

Zusätzlich kann sich das Erfordernis der Zustimmung aller betroffener Aktionäre aus § 147 AktG (Begründung von Nebenverpflichtungen) sowie ganz allgemein aus dem Belastungsverbot bei Eingriff in bestimmte Sonderrechte, wie zB Präsenz- oder Zustimmungsrechte, oder bei sonstigen Verstößen gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz direkt aus § 47a AktG¹⁷⁰ ergeben. Das Belastungsverbot besagt, dass keinem Aktionär nachträglich vermehrte Verpflichtungen auferlegt werden dürfen und dass seine verbandsrechtliche Stellung nur mit seinem Einverständnis zu seinem Nachteil verändert werden kann.¹⁷¹ Zu § 147 AktG wird vertreten, dass die Vorschrift entsprechend ihrem Schutzzweck weit zu interpretieren ist.¹⁷² Dies gilt wohl auch allgemein für das Belastungsverbot, das denselben Schutzzweck verfolgt. Im Zweifel ist daher bei Schaffung von autonomen Satzungsbestimmungen die Zustimmung der betroffenen Aktionäre erforderlich.

So wäre zB für die in der OGH-Entscheidung behandelte nachträgliche Einführung von Vorkaufsrechten für bestimmte Aktien jedenfalls die Zustimmung der betroffenen Aktionäre erforderlich.¹⁷³ Das gilt ebenso für Aufgriffsrechte und jede andere Art von Übertragungsbeschränkungen.

Bei einer Abänderung der Gewinnverteilung ist die Zustimmung aller jener Aktionäre erforderlich, die dadurch potenziell einen relativ geringeren Anteil erhalten könnten. Sofern die abweichende Gewinnverteilung so gestaltet ist, dass alle Aktionäre potenziell gleich betroffen sind, liegt hier keine Ungleichbehandlung vor, die eine Zustimmung aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz einfordern würde. Für die Entgegennahme von Sachdividenden (siehe schon oben Pkt IV.3.2.) ist die Zustimmung der betroffenen Aktionäre erforderlich,¹⁷⁴ die Aufnahme eines entsprechenden Sach-

¹⁵⁸ Bei der GmbH hält der OGH (19.12.2012, 6 Ob 233/12a) Aufgriffsrechte offenbar stets für materielle Satzungsbestandteile; da sie auch bei der AG wohl regelmäßig in der Absicht in die Satzung aufgenommen werden, eine korporative Wirkung zu erzielen, wird dies im Ergebnis auch bei der AG der Fall sein.

¹⁵⁹ Vgl E. Gruber in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG², § 16 Rz 10 und 13; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht, Rz 3/29.

¹⁶⁰ E. Gruber in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG², § 16 Rz 15; *Brix*, Satzung, Rz 2/44; *Hüfner*, AktG¹¹, § 23 Rz 5; *Pentz* in *MünchKomm AktG*², § 23 Rz 45; vgl auch zur Vinkulierung bei der GmbH *Rauter* in *Straube*, GmbHG, § 76 Rz 154.

¹⁶¹ Daher sind sie unter Heranziehung der §§ 6 und 7 ABGB aus sich heraus mittels Wort-, Zweck- und systematischer Interpretation sowie iSd berechtigten Interessen der Aktionäre auszulegen; vgl OGH 3.11.2005, 6 Ob 231/05x; 29.8.1995, 1 Ob 586/94 (1 Ob 595/95); E. Gruber in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG², § 16 Rz 20; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht, Rz 3/30.

¹⁶² E. Gruber in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG², § 16 Rz 20; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht, Rz 3/30; *Brix*, Satzung, Rz 2/39.

¹⁶³ E. Gruber in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG², § 145 Rz 37 und 39.

¹⁶⁴ E. Gruber in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG², § 145 Rz 39.

¹⁶⁵ *Spiegelfeld/H. Foglar-Deinhardstein*, Sanierungsinstrumente, 1146 mwN; zum GmbH-Recht *Harrer* in *Gruber/Harrer*, GmbHG (2014) §§ 41, 42 Rz 126 ff.

¹⁶⁶ Vgl E. Gruber in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG², § 16 Rz 11, 14 und 16; *Brix*, Satzung, Rz 2/31 ff.

¹⁶⁷ OGH 29.8.1995, 1 Ob 586/94 (1 Ob 595/95); E. Gruber in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG², § 145 Rz 47; *Nagele/Lux* in *Jabornegg/Strasser*, AktG², § 145 Rz 17.

¹⁶⁸ Für die Änderung des Unternehmensgegenstands und für bestimmte Kapitalmaßnahmen kann nur eine größere Kapitalmehrheit vorgesehen werden, im Übrigen auch eine geringere.

¹⁶⁹ E. Gruber in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG², § 145 Rz 49 und § 146 Rz 5; *Nagele/Lux* in *Jabornegg/Strasser*, AktG², § 146 Rz 4 ff.

¹⁷⁰ *Schopper*, GesRZ 2013, 219; zur Vinkulierung E. Gruber in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG², § 147 Rz 6; *Micheler* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG², § 62 Rz 16; *Nagele/Lux* in *Jabornegg/Strasser*, AktG², § 146 Rz 17 f; bei der GmbH *Rauter* in *Straube*, GmbHG, § 76 Rz 152.

¹⁷¹ E. Gruber in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG², § 147 Rz 1; *Nagele/Lux* in *Jabornegg/Strasser*, AktG², § 147 Rz 6; *Winner* in *MünchKomm AktG*², § 216 Rz 86; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht, Rz 3/55; *Rauter/Milchrahm* in *Straube*, GmbHG, § 49 Rz 125; *Reich-Rohrweg/Thiery*, Bezugsrecht und Belastungsverbot in Personenhandelsgesellschaften, WBl 1989, 200.

¹⁷² E. Gruber in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG², § 147 Rz 1.

¹⁷³ *Wenger*, RWZ 2013, 284; *Haberer/Zehetner* in *Jabornegg/Strasser*, AktG², § 62 Rz 13 f; *Tichy*, Einführung und Aufhebung von Vinkulierungsklauseln und statutarischen Aufgriffsrechten mittels Mehrheitsbeschlusses? RdW 1998, 55; siehe auch FN 170. Zwar ist bei der nicht börsennotierten AG nach der OGH-Entscheidung die freie Handelbarkeit der Aktie nicht notwendigerweise zu wahren, was allenfalls für ihre nachträgliche Beschränkbarkeit durch Einführung einer alle Aktionäre gleichmäßig belastenden Vinkulierung sprechen könnte. Dagegen spricht uE aber das Belastungsverbot.

¹⁷⁴ E. Gruber in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG², § 104 Rz 47.

dividenden-Vorbehalts in die Satzung könnte aber uE insb dann zulässig sein, wenn dieser auf die potenzielle Ausschüttung eigener Aktien eingeschränkt ist (Analogie zum KapBG). Einen Grenzfall könnte die Thesaurierung darstellen, da hier Minderheitsaktionäre und andere Finanzinvestoren *de facto* stärker belastet sein können als einzelne Kernaktionäre, die ein über das Finanzielle hinausgehendes strategisches Interesse an der Gesellschaft haben. Zwar sind subjektive Verhältnisse der Aktionäre insb beim Gleichbehandlungsgebot nicht zu berücksichtigen.¹⁷⁵ Bei voller Thesaurierung wäre aber die Zustimmung aller Aktionäre erforderlich, da dies zwar noch nicht den Gesellschaftszweck ändert – der thesaurierte Gewinn kann potenziell im Rahmen der Veräußerung der Aktien lukriert werden –, aber den Charakter der Gesellschaft doch wesentlich ändert; das Bild des Gesetzgebers – und auch der Allgemeinheit – von der nicht gemeinnützigen AG zeigt eine Gesellschaft, die auf Gewinn gerichtet ist und auch regelmäßige Ausschüttungen tätigt.

Bei Einführung von Zustimmungs- und Weisungsrechten zugunsten bestimmter Aktionäre oder Aktionärsgruppen wird idR ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz vorliegen, der durch Zustimmung aller Aktionäre vermieden werden kann. Ausgenommen sind die durch Zustimmungs- und Weisungsrechte begünstigten Aktionäre. Gerade beim Gleichbehandlungsgrundsatz gilt jedoch, dass eine Ungleichbehandlung dann nicht vorliegt, wenn die Maßnahme sachlich gerechtfertigt ist. Daraus wird zB bei der nachträglichen Einführung von Höchststimmrechten geschlossen, dass diese ohne Zustimmung und Entschädigung der Betroffenen zulässig ist, wenn hierfür eine sachliche Rechtfertigung vorliegt und wenn zu diesem Zeitpunkt kein Aktienpaket die Höchststimmrechtsschranke überschreitet.¹⁷⁶ Bei Zustimmungs- und Weisungsrechten zugunsten bestimmter Aktionäre oder Aktionärsgruppen stellt sich die Situation jedoch insofern anders dar, als hier nicht einmal potenziell alle Aktionäre gleich betroffen sind, sondern diese Rechte konkreten Aktionären oder Aktionärsgruppen übertragen werden sollen, um deren Einfluss zu sichern. Insofern hier keine sachliche Rechtfertigung vorliegt, die etwa iZm Nebenverpflichtungen oder sonstigen besonderen Leistungen oder der strategischen Bedeutung eines Aktionärs denkbar sein könnte, wird die Zustimmung aller nicht begünstigten Aktionäre einzuholen sein.¹⁷⁷

2. Vorbehalt einer späteren Einführung?

Die Zustimmung der benachteiligten Aktien(gattungen) kann dadurch, dass die Satzung die spätere Einführung entsprechender Bestimmungen zulasten bestimmter Aktionäre oder Aktiegattungen bereits vorsieht, vorweggenommen werden.¹⁷⁸ Dies gilt ebenso für Sonderbeschlüsse von benachteiligten Aktiegattungen.¹⁷⁹ Voraussetzung ist, dass Art und Umfang des durch Mehrheitsentscheidung möglichen Ein-

griffs klar erkennbar sind.¹⁸⁰ Selbstverständlich gelten bei der Einführung solcher Vorbehalte dieselben Voraussetzungen wie bei der unmittelbaren Einführung/Aufhebung der entsprechenden Bestimmung.

3. Aufhebung autonomer Satzungsbestimmungen

Die Aufhebung autonomer Satzungsbestimmungen bedarf nicht der Zustimmung der durch sie belasteten Aktionäre, zB der Vorkaufsverpflichteten.¹⁸¹ In diesem Fall wird aber aus den oben genannten Gründen die individuelle Zustimmung der Inhaber der begünstigten Aktien, zB der Vorkaufsberechtigten, erforderlich sein. Soweit durch die autonome Satzungsbestimmung Sonderrechte einzelner Aktionäre geschaffen worden sind, können diese nur mit individueller Zustimmung der entsprechenden Aktionäre aufgehoben werden, es sei denn, dass die Satzung die spätere Aufhebung oder Schmälerung dieser Rechte vorbehalten hatte.¹⁸² Sonderrechte für einzelne Aktionäre können auch zeitlich befristet geschaffen werden, sodass diese zu dem in der Satzung bestimmten Zeitpunkt automatisch enden.¹⁸³ Bei Veränderung von Zustimmungs- und Weisungsrechten zum Nachteil der durch diese Rechte begünstigten Aktionäre wird idR Zustimmung erforderlich sein.

VII. Vorläufiges Fazit

Das österreichische AktG enthält keine Norm über die Satzungsstrenge. Nach der neuen OGH-Rspr ist jedenfalls bei der nicht börsennotierten AG eine größere Satzungsautonomie anzuerkennen als bisher angenommen. Diese neue Satzungsautonomie kann uE auch für die nicht börsennotierten Aktien einer börsennotierten AG nutzbar gemacht werden.

Börsennotierte Aktien müssen zum Schutz der Funktion des Kapitalmarkts sehr fungibel und daher tendenziell standardisiert – dh nicht von speziellen Satzungsklauseln belastet – sein. Für die nicht notierenden Aktien einer solchen börsennotierten AG wie auch generell für die Aktien einer nicht börsennotierten AG steht der Kapitalmarkt, der jederzeit einen Exit ermöglichen würde, nicht offen, sodass es legitim ist, den Aktionären in der Satzung stärkere Möglichkeiten zur Ausübung ihrer Rechte einzuräumen. Somit bestehen bei nicht börsennotierten Aktien grundsätzlich keine Bedenken gegen autonome Satzungsklauseln.

Autonome Satzungsklauseln sind zu den verschiedensten Regelungsbereichen denkbar, so etwa iZm der Übertragung von Aktien, mit Präsenz-, Zustimmungs- und Weisungsrechten und mit der Gewinnermittlung und -verteilung.

Auch autonome Satzungsklauseln wirken uE grundsätzlich mitgliedschaftlich und nicht nur rein schuldrechtlich.

Sind autonome Satzungsklauseln nicht schon in der Gründungssatzung vorhanden oder zumindest angelegt, sind bei der nachträglichen Erzeugung solcher Satzungsregelungen der Gleichbehandlungsgrundsatz und das Belastungsverbot zu beachten.

¹⁷⁵ Doralt/Winner in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG², § 47a Rz 10; Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung² (2010) § 2 GesAusG Rz 19.

¹⁷⁶ Kalss/Probst, Familienunternehmen, Rz 13/80; vgl auch Doralt/Winner in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG², § 47a Rz 20.

¹⁷⁷ Schopper, GesRZ 2013, 219.

¹⁷⁸ OGH 29.8.1995, 1 Ob 586/94 (1 Ob 595/95).

¹⁷⁹ E. Gruber in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG², § 146 Rz 16; S. Bydliński/Potyka in Jabornegg/Strasser, AktG², § 102 Rz 8; OGH 29.8.1995, 1 Ob 586/94 (1 Ob 595/95); Rauter/Milchrahm in Straube, GmbHG, § 49 Rz 124; Holzborn in Spindler/Stilz, AktG², § 179 Rz 192.

¹⁸⁰ Rauter/Milchrahm in Straube, GmbHG, § 49 Rz 124.

¹⁸¹ So zur Aufhebung von Nebenverpflichtungen E. Gruber in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG², § 147 Rz 10; Nagele/Lux in Jabornegg/Strasser, AktG², § 147 Rz 3.

¹⁸² S. Bydliński/Potyka in Jabornegg/Strasser, AktG², § 102 Rz 8; OGH 29.8.1995, 1 Ob 586/94 (1 Ob 595/95).

¹⁸³ OGH 29.8.1995, 1 Ob 586/94 (1 Ob 595/95).