

Die angeblich dagegen sprechenden Prinzipien der fideikommissarischen Substitution existieren nicht. Der Nacherbe (Nachvermächtnisnehmer) kann auf sein Recht verzichten. Daher kann er auch im Rahmen einer Erbeinsetzung oder Vermächtniszugewendung zu seinen Gunsten dazu verpflichtet werden, das Recht auf die Sache zugunsten eines anderen aufzugeben. Darin liegt kein einseitiger Eingriff in die Rechtsposition des Nacherben (Nachlegatars), weil der damit

verbundene Rechtsverlust seine Zustimmung in Gestalt der Annahme der Erbschaft oder des Vermächtnisses voraussetzt. Der vermeintliche Eingriff in das Pflichtenband der fideikommissarischen Substitution findet also nicht statt, weil der Nacherbe (Nachlegatar) nicht gezwungen ist, die mit der Verpflichtung verbundene Erbeinsetzung (Vermächtniszugewendung) anzunehmen.

*Christian Rabl*

## Firmenbuch und Unternehmensrecht

NZ 2024/92

### §§ 52, 65 ff, 70 AktG

#### Erwerb und Inpfandnahme eigener Anteile im Zusammenhang mit Mitarbeiterbeteiligungsgesellschaften

1. Erwirbt eine AG Anteile an einem Rechtsträger, dessen Vermögen ausschließlich oder fast ausschließlich aus Aktien der erwerbenden Gesellschaften besteht, sind §§ 65 ff AktG aus Sicht der Gesellschaften (analog) anzuwenden, weil dann mit dem Erwerb von Anteilen an diesem Rechtsträger wirtschaftlich ebenso die eigenen Aktien erworben werden. Dies gilt auch für die Inpfandnahme von Anteilen an solchen Rechtsträgern.

2. Eine durchgerechnete (un-)mittelbare Selbstbeteiligung darf 10% des Grundkapitals nicht übersteigen. Bei der Ermittlung dieser 10%-Schwelle sind nach § 65 b AktG inpfandgenommene eigene Aktien hinzuzurechnen.

3. Da Mitarbeiterbeteiligungen außenstehenden Dritten nicht offenstehen, ist kein Drittvergleich anzustellen. Vielmehr ist iS einer Gesamtbetrachtung die betriebliche Rechtfertigung der Unterstützungsleistung zu beurteilen, auch wenn die Gesellschaft eine derartige Leistung im Verhältnis zu einem Dritten, der bei ihr nicht beschäftigt ist, nicht erbringen würde.

OGH 21. 2. 2024, 6 Ob 42/23 d (OLG Linz 28. 11. 2022, 4 R 158/22s; LG Linz 29. 8. 2022, 4 Cg 15/22 a)

Zurückweisung Rekurs

#### Sachverhalt:

[1] Der Kl war [...] Vorstandsmitglied der Bekl bzw Geschäftsführer deren Rechtsvorgängerin. Aktionäre der Bekl sind ua die „\*“ I\* Beteiligungsgesellschaft mbH (im Folgenden „I“) sowie die „\*“ M\* Beteiligungsgesellschaft mbH (im Folgenden „M“) mit einem Beteiligungsausmaß von jeweils 12,5%. Bei der I\* und der M\* handelt es sich um sog Mitarbeiterbeteiligungsgesellschaften der leitenden Mitarbeiter der Bekl, deren einziger Gesell-

schaftszweck das Halten von Anteilen an der Bekl ist. Umgekehrt ist die Bekl zu 44,22% an der I\* (rück)beteiligt; an der M\* besteht keine Beteiligung der Bekl. An der M\* und der I\* sind darüber hinaus verschiedene Mitarbeiter der Bekl beteiligt. Der Kl ist – bzw war vor der streitgegenständlichen Abtretung an die Bekl – an der M\* mit einem Beteiligungsausmaß von 15,36% beteiligt, [...].

[2] Das Mitarbeiterbeteiligungsmodell ist auch in der Satzung der Bekl insoweit verankert, als den Beteiligungsgesellschaften je Vorzugsdividenden zugewiesen werden, damit die Mitarbeiter bevorzugt am Unternehmenserfolg teilhaben können. Im Gegenzug für die Einführung des Mitarbeiterbeteiligungsmodells wurden die vormals bestehenden Vereinbarungen über variable Erfolgskomponenten (Prämien, Bonifikationen etc) für leitende Mitarbeiter gestrichen.

[3] In der Satzung der Bekl finden sich auszugsweise ua folgende Regelungen zum Mitarbeiterbeteiligungsprogramm:

„[...] Viertens

Grundkapital und Aktien

4.1 [...]

4.4 Von den bestehenden 1.453.600 Stück Aktien sind 181.700 Stück vinkulierte Vorzugsaktien der Kategorie A, die mit den unter Pkt 4.6 Absatz (ii) bestimmten Rechte verbunden sind, und 181.700 vinkulierte Stück Vorzugsaktien der Kategorie B, mit denen die unter Pkt 4.6 Absatz (iii) bestimmten Rechte verbunden sind. Die Übertragung der Vorzugsaktien der Kategorie A und B bedarf der Zustimmung der Hauptversammlung mit einer Mehrheit von 75% [...] der abgegebenen Stimmen.

4.5 Mit den Vorzugsaktien ist das Recht des Bezuges einer Vorzugsdividende in Form eines Übergewinnes verbunden.

4.6 [...] (ii) Mit den Vorzugsaktien der Kategorie A ist bis einschließlich zur Verteilung der Dividende für das Geschäftsjahr 2019 durch Beschluss der Hauptversammlung im Jahr 2020 das Recht des Bezuges einer Vorzugsdividende im Ausmaß von 87,5% [...] und ab der Verteilung der Dividende für das Geschäftsjahr 2020 das Recht des Bezuges einer Vorzugsdividende im Ausmaß

von 75% [...] des gem Pkt 4.6 Absatz (i) errechneten Ausgangsbetrages verbunden, allerdings nur soweit und solange, als diese Vorzugsaktien von der M\* [...] gehalten werden und (i) die Geschäftsanteile von M\* [...] ausschließlich von Personen gehalten werden, die in einem aufrechten Dienst- oder Vorstandsvertragsverhältnis bei [der Bekl] stehen oder in den vergangenen zwölf Monaten gestanden sind, und (ii) der Unternehmenszweck und/oder Unternehmensgegenstand der M\* [...] ausschließlich auf die Mitarbeiterbeteiligung an der [Bekl] gerichtet ist. [...]

Sollte ein aus dem Vorstandsvertrags- oder Dienstverhältnis zur [Bekl] ausgeschiedener Manager länger als zwölf Monate nach seinem Ausscheiden Gesellschafter der M\* [...] bleiben, so gilt das oben Angeführte mit der Maßgabe, dass der Verlust der Vorzugsdividende nicht sämtliche Vorzugsaktien der Kategorie A betrifft, sondern lediglich im aliquoten Ausmaß seiner Beteiligung an der M\* [...] erfolgt. [...]

(iii) Mit den Vorzugsaktien der Kategorie B ist bis einschließlich zur Verteilung der Dividende für das Geschäftsjahr 2019 durch Beschluss der Hauptversammlung im Jahr 2020 das Recht des Bezuges einer Vorzugsdividende im Ausmaß von 12,5% [...] und ab der Verteilung der Dividende für das Geschäftsjahr 2020 das Recht des Bezuges einer Vorzugsdividende im Ausmaß von 25% [...] des gem Pkt 4.6 Absatz (i) errechneten Ausgangsbetrages verbunden, allerdings nur soweit und solange, als diese Vorzugsaktien von der I\* [...] gehalten werden und (i) die Geschäftsanteile von I\* [...] ausschließlich von Personen gehalten werden, die in einem aufrechten Dienstverhältnis bei [der Bekl] stehen oder in den vergangenen zwölf Monaten gestanden sind, und (ii) der Unternehmenszweck und/oder Unternehmensgegenstand der I\* [...] ausschließlich auf die Mitarbeiterbeteiligung an der [Bekl] gerichtet ist.

[...] Sollte ein Mitarbeiter der [Bekl] länger als zwölf Monate nach seinem Ausscheiden Gesellschafter der I\* [...] bleiben, so gilt das oben Angeführte mit der Maßgabe, dass der Verlust der Vorzugsdividende nicht sämtliche Vorzugsaktien der Kategorie B betrifft, sondern lediglich im aliquoten Ausmaß seiner Beteiligung an der I\* [...] erfolgt.“

[4] Der aktuelle Gesellschaftsvertrag der M\* lautet (seit 25. 5. 2019) auszugsweise:

„[...] Zweitens

Gegenstand des Unternehmens

2.1 Gegenstand des Unternehmens ist der Erwerb und das Halten und die Veräußerung von Anteilsrechten (Aktien) an der [Bekl] zur Umsetzung eines Management-Beteiligungsprogrammes. [...]

Zehntens

Geschäftsanteile

10.1 Die Geschäftsanteile bestimmen sich nach der Höhe der übernommenen Stammeinlagen.

10.2 Die Geschäftsanteile sind grundsätzlich übertragbar und teilbar. Die Abtretung von Geschäftsanteilen oder Teilen davon an Dritte oder Mitgesellschafter bedarf der Zustimmung der Generalversammlung durch schriftliche Beschlussfassung, insoweit die Übertragung des Geschäftsanteils nicht durch Annahme der in Pkt Zwölftens festgelegten Abtretungsangebote erfolgt.

Elfte

Ruhen der Gesellschafterrechte

11.1 Ab dem Vorliegen eines Ereignisses, das das Abtretungsangebot gem Pkt Zwölftens in Verbindung mit Pkt Dreizehtens auslöst („Abtretungsfall“), bzw subsidiär die übrigen Gesellschafter zur Abtretungsannahme gem Pkt Zwölftens iVm Pkt Dreizehtens berechtigt, ruhen bis zum Zeitpunkt der Übertragung an einen dazu iSd Pkt 12.2 Berechtigten (Annahme des Abtretungsangebots) die Gesellschafterrechte des betroffenen Gesellschafters mit der Ausnahme des Stimmrechts. Insb steht diesem Gesellschafter ab Eintritt des Abtretungsfalls kein Annahmerecht (hinsichtlich eines allfälligen anderen Geschäftsanteils) oder Gewinnbezugsrecht zu. Sofern der Abtretungsfall während des Geschäftsjahres eintritt, reduziert sich der Gewinnanspruch des betroffenen Gesellschafters für dieses Geschäftsjahr um jenes Ausmaß, das dem prozentuellen Anteil des Zeitraumes ab Eintritt des Abtretungsfalles bis zum Ende des laufenden Geschäftsjahres am gesamten laufenden Geschäftsjahr entspricht. [...]

11.5 Wenn der abtretungspflichtige Gesellschafter seinen Anteil nicht verkaufen konnte und die übrigen Mitgesellschafter von ihrem Annahmerecht nicht innerhalb eines Jahres nach Eintritt des Abtretungsfalles Gebrauch machen, leben die Gesellschafterrechte wieder auf; das heißt, der Gesellschafter nimmt an den Gewinnen der Gesellschaft im Verhältnis seiner Beteiligung, jedoch gekürzt um die aliquote Überdividende, wieder teil; ein Annahmerecht bei Ausscheiden anderer Gesellschafter gem Pkt 12.2 kommt ihm aber nicht zu.

Zwölftens

Abtretungsangebot

12.1 Jeder Gesellschafter bietet hiermit in folgenden Fällen den gesamten von ihm gehaltenen Geschäftsanteil an die in Pkt 12.2 genannten Personen zu den in diesem Vertragspunkt sowie in Pkt Dreizehtens festgelegten Bedingungen (insb Preis und Fälligkeit) zur Abtretung an (notarielles Abtretungsangebot):

(i) Bei seinem Ausscheiden aus seinem Dienstverhältnis bei der [Bekl] aus welchem Grund auch immer; [...]

(iv) bei beabsichtigter Übertragung seines Geschäftsanteils an Dritte (darunter werden Personen verstanden, die weder bereits Gesellschafter der Gesellschaft sind noch in einem Dienstverhältnis zu [Bekl] stehen).

12.2 Ist der ausscheidende Gesellschafter Vorstandsmitglied, so kann die Annahme durch die vom AR neu zum Vorstand bestellte(n) Person(en) erfolgen, in allen anderen Fällen durch die vom Vorstand nominierte(n)

Person(en) in leitenden Positionen der [Bekl]. Erfolgt eine solche Nominierung zur Annahme des Anbots nicht innerhalb von sechs Monaten nach Ausscheiden des Gesellschafters aus seinem Dienstverhältnis oder Vorstandsvertragsverhältnisses bei [der Bekl] oder macht der (die) solcherart Nominierte(n) von seinem/iherem Annahmerecht nicht binnen dreißig Tagen nach seiner/ihrer Nominierung Gebrauch, so geht das Recht auf Annahme des Anbots subsidiär auf die verbliebenen Mitgesellschafter im Verhältnis der von ihnen gehaltenen Geschäftsanteile über.

12.3 Machen nicht alle iSd Pkt 12.2 letzter Satz annahmehberechtigten Mitgesellschafter binnen dreißig Tagen von ihrem Annahmerecht Gebrauch, so geht dieses Annahmerecht auf die übrigen Mitgesellschafter, die von ihrem Annahmerecht Gebrauch gemacht haben, im Verhältnis der von ihnen gehaltenen Stammeinlage über.

Dreizehtens

Abtretungspreis

Der Abtretungspreis iSd Pkt Zwölftens wird wie folgt errechnet: [...]"

[5] Der Gesellschaftsvertrag der I\* ist im Wesentlichen deckungsgleich mit dem Gesellschaftsvertrag der M\*. Er lautet allerdings in seinem Pkt „Zwölftens: Abtretungsanbot“ wie folgt:

„12.1 Jeder Gesellschafter bietet hiermit in folgenden Fällen den gesamten von ihm gehaltenen Geschäftsanteil an die in Pkt 12.2 genannten Personen zu den in diesem Vertragspunkt sowie in Pkt Dreizehtens festgelegten Bedingungen (insb Preis und Fälligkeit) zur Abtretung an (notarielles Abtretungsanbot):

(i) Bei seinem Ausscheiden aus seinem Dienstverhältnis bei der [Bekl] aus welchem Grund auch immer; [...]

(iv) bei beabsichtigter Übertragung seines Geschäftsanteiles an Dritte (darunter werden Personen verstanden, die weder bereits Gesellschafter der Gesellschaft sind noch in einem Dienstverhältnis zu [Bekl] stehen).

12.2 Zum Erhalt des Mitarbeiter-Beteiligungsprogramms ist vorerst die Mitgesellschafterin [die Bekl] zur Annahme berechtigt.

12.3 Die Gesellschafterin [die Bekl] ist jedoch im Fall der Annahme des Anbots verpflichtet, den so übernommenen Geschäftsanteil an (eine) vom Vorstand der [Bekl] nominierte(n) Person(en), die jedoch ausschließlich Dienstnehmer der [Bekl] sein darf (dürfen), zu übertragen.

12.4 Übernimmt die Gesellschafterin [die Bekl] den Geschäftsanteil des ausscheidenden Gesellschafters, aus welchen Gründen auch immer, innerhalb von sechs Monaten nach Ausscheiden des Gesellschafters aus seinem Dienstverhältnis bei [der Bekl] nicht, so geht das Recht zur Annahme des Abtretungsanbots subsidiär auf die verbliebenen Mitgesellschafter im Verhältnis der von ihnen gehaltenen Geschäftsanteile über. Machen nicht alle annahmehberechtigten Mitgesellschafter von ihrem Annahmerecht Gebrauch, geht dieses Annahmerecht

auf die übrigen Mitgesellschafter, die von ihrem Annahmerecht Gebrauch gemacht haben, im Verhältnis der von ihnen gehaltenen Stammeinlage über. [...]"

[6] Am 14. 7. 2007 wurde folgendes Abtretungsanbot in NotAktform errichtet und in der Hauptversammlung der Bekl vom selben Tag von den Aktionären genehmigt:

„Anbot auf Abtretung von Geschäftsanteilen an der [M\*]

Die [Bekl] (im Folgenden kurz ‚übernehmende Gesellschafterin‘ genannt), stellt hiermit an folgende Gesellschafter der [M\*]:

[KI] [und 9 weitere namentlich genannte Gesellschafter] (im Folgenden kurz ‚abtretende Gesellschafter‘ genannt) jeweils einzeln das

ANBOT auf Abschluss des nachstehenden  
ABTRETUNGSVERTRAGES:

[...]

4. Die übernehmende Gesellschafterin erwirbt diese Geschäftsanteile mit allen daraus resultierenden Rechten und Pflichten gegenüber Gesellschaft und Mitgesellschaftern.

[...] Hinsichtlich der Wirksamkeit dieses Angebotes gelten folgende ergänzende Bedingungen:

1. Dieses Anbot ist befristet [...]

2. [...] wird, dass die [M\*] Aktien an der übernehmenden Gesellschafterin hält. Das Anbot ist demzufolge dann nicht verbindlich, sofern infolge des Erwerbs der neuen Geschäftsanteile die übernehmende Gesellschafterin direkt und/oder indirekt eigene Aktien hält, deren verbundener Anteil am Grundkapital zehn von Hundert des Grundkapitals übersteigt. [...]"

[7] Das Abtretungsanbot wurde von den damaligen vier Vorständen der Bekl (darunter der KI), die alle auch Adressaten des Anbots waren, unterfertigt.

[8] Das Abtretungsanbot wurde in der ARSitzung der Bekl vom 17. 12. 2007 behandelt. Im Protokoll wurde dazu festgehalten:

„TOP 6 – Rückkaufsangebot eigene Aktien [...] verweist auf die schriftliche Unterlage und erklärt, dass dieser Pkt in der ao Hauptversammlung vom 14. 12. 2007 bereits abgehandelt und durch die Gesellschafter des Unternehmens genehmigt wurde.

Nach Umfrage wird die Information durch den AR zur Kenntnis genommen.“

[9] Nachdem eine Abtretung des hier klagsgegenständlichen Geschäftsanteils des KI an der M\* an einen von der Bekl nominierten übernehmenden Gesellschafter bzw an die übrigen Gesellschafter der M\* gescheitert war, erklärte der KI mit NotAkt vom 6. 10. 2021, das Abtretungsanbot der Bekl anzunehmen. [...]

[10] Die Bekl finanziert auch Anteilerwerbe durch Mitarbeiter an den Beteiligungsgesellschaften und besichert dies mit der Inpfandnahme deren Anteile. In den zwischen der Bekl und den jeweiligen Pfandbestellern abgeschlossenen Pfandverträgen ist festgehalten, dass

der Pfandvertrag zur Besicherung des Darlehensvertrags zwischen dem Pfandbesteller und der Bekl dient und der Pfandbesteller der Bekl zur Sicherstellung aller bestehenden und künftigen Forderungen aus dem Darlehensvertrag seinen Geschäftsanteil an der M\* oder an der I\* und seine Ansprüche auf Auseinandersetzungs-guthaben, Gewinnanteile und Zinsen als Gesellschafter der M\* oder der I\* verpfändet.

[11] Mittels derartiger Pfandverträge haben (im Einzelnen festgestellte) zwei Gesellschafter der M\* und elf Gesellschafter der I\* ihre Geschäftsanteile an die Bekl verpfändet, wobei die verpfändeten Geschäftsanteile an der M\* insgesamt einer Stammeinlage von € 2.144,40, jene an der I\* insgesamt einer Stammeinlage von € 10.250,- entsprechen.

[12] [...]

[14] Das ErstG wies das Klagebegehren ab. [...]

[16] Das BerG ließ den Rek an den OGH zu, weil dieser zur Frage der Anwendung der §§ 65 ff AktG auf den Erwerb von Anteilen an einem Rechtsträger, dessen Vermögen ausschließlich aus Aktien der erwerbenden Gesellschaft besteht, noch nicht Stellung genommen habe.

### Aus der Begründung:

[17] Der Rek der Bekl ist aus dem vom BerG genannten Grund und mangels hg Rsp zum Verbot der Einlagenrück-gewähr im Zusammenhang mit einer Darlehensgewäh-rung zum Zwecke des (mittelbaren) Erwerbs eigener Aktien im Kontext eines Mitarbeiterbeteiligungsmodells zu-lässig; er ist in der Sache auch teilweise berechtigt. Da sich durch die teils abweichende Rechtsansicht aber nichts an der Aufhebung ändert, ist dem Rek nicht Folge zu geben (RS0007094 [T 7]).

[18] Der Rek wendet sich lediglich gegen den vom BerG im Hinblick auf das Verbot der Einlagenrückgewähr bei der Darlehensgewährung zum Zwecke des Erwerbs ei-gener Aktien im Kontext eines Mitarbeiterbeteiligungs-modells angesetzten Beurteilungsmaßstab. Dabei sei kein Fremdvergleich mit Außenstehenden anzustellen. Die im Rahmen eines Mitarbeiterbeteiligungsmodells gewährten Unterstützungsleistungen würden unterneh-mensfremden Dritten nicht in dieser Form angeboten, vielmehr könne es im Hinblick auf eine Einlagenrückge-währ nur darauf ankommen, ob diese Unterstützung das Maß der (im Unternehmen und in der Branche) übli-chen betrieblichen Sozialleistungen nicht übersteige. Der allgemeine unternehmerische Ermessensspielraum des Vorstands nach § 70 AktG sei gegenständlich ein-gehalten worden, weshalb die Darlehensgewährung im Einklang mit dem Gesetz stehe. Im Übrigen lässt der Rek die Rechtsansicht des BerG unbekämpft.

Hiezu wurde erwogen:

[19] 1. Der Erwerb und die Inpfandnahme von Ge-schäftsanteilen an der M\* und der I\* durch die Kl unter-liegen den Beschränkungen der §§ 65 ff AktG:

[20] 1.1. Der Erwerb eigener Aktien wird durch §§ 65 ff AktG beschränkt. Diese Beschränkung beruht vor allem auf Erwägungen über den Schutz des Vermögens der Ge-sellschaft. Durch den Erwerb eigener Aktien kommt es zu einem Abfluss von Vermögen und Liquidität; im Gegen-zug erhält die Gesellschaft mit den eigenen Aktien einen unsicheren Vermögenswert, der insb im Falle einer wirt-schaftlichen Abwärtsentwicklung der Gesellschaft deren Gläubigern keine adäquate Sicherheit bietet bzw für die AG die Gefahr eines „Doppelschadens“ begründet: Bei einer negativen Entwicklung der Gesellschaft verlieren auch die Aktien entsprechend an Wert (*Karollus in Art-mann/Karollus*, AktG I<sup>6</sup> § 65 Rz 2; zur vergleichbaren deutschen Rechtslage *Oechsler in MünchKomm AktG*<sup>5</sup> [2019] § 71 Rn 19). Daneben soll der Gefährdung der Cor-porate Governance (Kompetenzverteilung und Einfluss-nahme auf Entscheidungen), der Verletzung des Gleich-behandlungsgrundsatzes (Auswahl der Aktionäre), der Gefährdung des Kapitalmarkts, der Informationsasym-metrie und der Kursmanipulation begegnet werden (*Ka-rollus in Artmann/Karollus*, AktG I<sup>6</sup> § 65 Rz 3 f; *Kalss in Do-ralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>3</sup> § 65 Rz 1).

[21] § 65 b Abs 1 AktG stellt die Inpfandnahme eigener Aktien durch die AG dem Erwerb eigener Aktien gleich; es ist somit die Inpfandnahme grundsätzlich nur unter denselben Voraussetzungen gestattet wie der Erwerb. Das soll die reale Kapitalerhaltung sicherstellen, indem Gefährdungen, die sich aus fallenden Kursen bei der Pfandverwertung oder der mangelnden Veräußer-barkeit ergeben können, hintangehalten werden. Zu-dem soll die Inpfandnahme nicht zur Umgehung des Er-werbsverbots eingesetzt werden (*Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>3</sup> § 65 b Rz 1; *Karollus in Art-mann/Karollus*, AktG I<sup>6</sup> § 65 b Rz 3).

[22] 1.2. Das Gesetz geht von einer abstrakten Interes-sengefährdung aus; ob die Gesellschaft, ihre Aktionäre oder Gläubiger im konkreten Fall gefährdet sind, ist unerheblich (6 Ob 33/11 p [ErwGr 2.3.]; *Kalss in Doralt/No-wotny/Kalss*, AktG<sup>3</sup> § 65 Rz 1; *Eckert/Schopper/Schmidt in Eckert/Schopper*, AktG-ON<sup>1.00</sup> § 65 Rz 3).

[23] 1.3. Erwirbt eine AG Anteile an einem Rechtsträger, dessen Vermögen ausschließlich oder fast ausschließ-lich aus Aktien der erwerbenden Gesellschaften beste-hen, sind §§ 65 ff AktG aus Sicht der Gesellschaften (analog) anzuwenden, weil dann mit dem Erwerb von Anteilen an diesem Rechtsträger wirtschaftlich ebenso die eigenen Aktien erworben werden (*Karollus in Art-mann/Karollus*, AktG I<sup>6</sup> § 65 Rz 6/1; idS auch *Eckert/Schopper/Schmidt in Eckert/Schopper*, AktG-ON<sup>1.00</sup> § 65 Rz 5). Dies bezweckt die Vermeidung einer Umge-hung (*Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>3</sup> § 65 Rz 14; so auch die hA in Deutschland, vgl *Oechsler in Münch-Komm AktG*<sup>5</sup> [2019] § 71 Rn 104; *Koch in Koch*, Aktien-gesetz<sup>17</sup> [2023] § 71 Rn 5 – je mwN). Dies gilt wegen des erörterten Zwecks und der ausdrücklichen Gleichstel-lungsanordnung in § 65 b Abs 1 AktG auch für die In-pfandnahme von Anteilen an solchen Rechtsträgern.

[24] 1.4. Im vorliegenden Fall ist nicht strittig, dass das jeweilige Vermögen der M\* und der I\* ausschließlich oder fast ausschließlich aus Aktien der Bekl besteht. Mit dem Erwerb von Anteilen an der M\* oder der I\* erwirbt die Bekl bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise daher ihre eigenen Aktien; Gleiches gilt sinngemäß für die Inpfandnahme.

[25] 1.5. Entgegen der Ansicht der RekBeantwortung kommt es dabei auf eine konkrete Umgehungsabsicht nicht an. Vielmehr genügt es, dass objektiv Sinn und Zweck der umgangenen Norm vereitelt werden (vgl RS0016780). Eine „werthaltige Veranlagung“ ist in den Beteiligungen an der M\* oder der I\* nur insofern gegeben, als damit wirtschaftlich die eigenen Aktien erworben werden.

[26] 1.6. Der Erwerb und die Inpfandnahme von Geschäftsanteilen an der M\* und der I\* durch den Kl unterliegen daher den Beschränkungen der §§ 65 ff AktG. Festzuhalten ist, dass diese Bestimmungen in den hier wesentlichen Punkten (zu § 66 a AktG s hingegen Pkt 3.1.) seit Dezember 2007 inhaltlich keine relevanten Änderungen erfahren haben.

[27] 2. Der klagsgegenständliche Erwerb ist schuldrechtlich unwirksam, wenn dadurch eine durchgerechnete (un-)mittelbare Selbstbeteiligung von 10% des Grundkapitals der Bekl überschritten wird:

[28] 2.1. Der Fachsenat hat jüngst in der E 6 Ob 178/22b (EvBl 2023/248 [Drobnik] = GesRZ 2023, 382 [Kalss]) mit ausführlicher Begründung klargestellt, dass eine wechselseitige Beteiligung außerhalb eines Mutter-Tochter-Verhältnisses (wenn auch in Form einer Rück- oder Ringbeteiligung) – jedenfalls soweit eine durchgerechnete (un-)mittelbare Selbstbeteiligung von 10% nicht überschritten wird – nach dem AktG zulässig ist (6 Ob 178/22b [Rz 133]). Das wird im gegenständlichen RekVerfahren auch nicht bezweifelt.

[29] 2.2. Die erörterte Anwendung der §§ 65 ff AktG hat zur Folge, dass durch den klagsgegenständlichen Erwerb die durchgerechnete (un-)mittelbare Selbstbeteiligung 10% des Grundkapitals der Bekl nicht übersteigen darf (§ 65 Abs 2 AktG). Ob sonst eine darüber hinausgehende Selbstbeteiligung aktienrechtlich zulässig wäre (vgl 6 Ob 178/22b [Rz 132]), ist im vorliegenden Fall somit nicht relevant.

[30] 2.3. Bei der Ermittlung dieser 10%-Schwelle sind nach § 65 b AktG inpfandgenommene eigene Aktien hinzuzurechnen (Karollus in Artmann/Karollus, AktG I<sup>6</sup> § 65 Rz 74; Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>3</sup> § 65 Rz 108). Damit sind im vorliegenden Fall auch die von der Bekl inpfandgenommenen Geschäftsanteile an der M\* und der I\* zu berücksichtigen.

[31] 2.4. Weder der Verstoß gegen die aktienrechtlichen Bestimmungen zum Erwerb eigener Aktien nach § 65 Abs 1, 1 a, 1 b, 2 AktG noch gegen die Vorgaben zur Inpfandnahme eigener Aktien nach § 65 b Abs 1 AktG berührt die Wirksamkeit des Erwerbs bzw macht die Verpfändung rechtsunwirksam. Lediglich das schuld-

rechtliche Geschäft über den Erwerb bzw die Verpfändung (der Pfandbestellungsvertrag, nicht aber der Kreditvertrag [dazu Pkt 2.8.]) ist gem § 65 Abs 4 AktG bzw § 65 b Abs 2 AktG rechtsunwirksam (Karollus in Artmann/Karollus, AktG I<sup>6</sup> § 65 Rz 81; ders in Artmann/Karollus, AktG I<sup>6</sup> § 65 b Rz 17). Zutreffend hat daher das BerG festgehalten, dass sämtliche von der Bekl bereits mittelbar gehaltenen oder inpfandgenommenen Aktien in die 10%-Schwelle unabhängig davon miteinzurechnen sind, ob diese Erwerb bzw Inpfandnahmen nach den genannten Bestimmungen zulässig waren oder nicht (Karollus in Artmann/Karollus, AktG I<sup>6</sup> § 65 Rz 74).

[32] 2.5. Die mittelbare Selbstbeteiligung der Bekl stellt sich unter Einrechnung der inpfandgenommenen Anteile im Hinblick auf die 10%-Schwelle wie folgt dar: [...]

[33] Mit dem klagsgegenständlichen Erwerb würde somit die 10%-Grenze überschritten.

[34] 2.6. Nach § 65 Abs 4 Satz 2 AktG ist ein schuldrechtliches Geschäft über den Erwerb eigener Aktien ua rechtsunwirksam, soweit der Erwerb gegen § 65 Abs 2 AktG verstößt. Das Geschäft ist in einem solchen Fall nichtig, die noch offenen Leistungspflichten aus dem schuldrechtlichen Geschäft können nicht durchgesetzt werden (6 Ob 33/11 p [ErwGr 2.2.]).

[35] 2.7. Ein teilweises Zustandekommen des gegenständlichen Abtretungsvertrags, soweit die 10%-Schwelle nicht überschritten wurde, auf das sich der Kl aber ohnehin nicht stützt, käme schon wegen Pkt 2. des Abtretungsanbots, wonach der gesamte Geschäftsanteil übertragen werden soll, nicht in Betracht. Überdies wurde nach dem unbestrittenen Klagsvorbringen die gem Pkt 10.2. des Gesellschaftsvertrags der M\* für die Abtretung notwendige Genehmigung durch die Generalversammlung nur für den gesamten hier klagsgegenständlichen Geschäftsanteil des Kl von € 5.376,- erteilt.

[36] 2.8. Es ist daher entscheidungswesentlich, ob die von der Bekl mit ihren Mitarbeitern zur Finanzierung der Anteilserwerbe an der M\* und der I\* geschlossenen Darlehensverträge aufgrund von Verstößen gegen das Einlagenrückgewährverbot nichtig sind. Aufgrund der Akzessorietät des Pfandrechts hätte dies auch die (schuld- und sachenrechtliche) Nichtigkeit der Inpfandnahmen zur Folge (vgl RS0011343 [T 1; T 4]).

[37] 3. Bei der Prüfung des Verbots einer Einlagenrückgewähr im Zusammenhang mit einer Darlehensgewährung zum Zweck des (mittelbaren) Erwerbs eigener Aktien im Kontext eines Mitarbeiterbeteiligungsmodells ist kein „Fremdvergleich“ mit außenstehenden Dritten anzustellen:

[38] 3.1. Der Gesetzgeber hat mit dem Mitarbeiterbeteiligungstiftungsgesetz 2017 (BGBl I 2017/105) in § 66 a Satz 2 AktG die – schon bisher anerkannte – Zulässigkeit der Finanzierung von Mitarbeiter-Kapitalbeteiligungsmodellen klargestellt (Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>3</sup> § 66 a Rz 12). Um die aktienrechtliche Zulässigkeit einer Finanzierung von Mitarbeiter-Ka-

pitalbeteiligungsmodellen durch eine AG abzusichern, wurde die Gewährung eines Vorschusses udgl zum Zweck des Aktienerwerbs „durch oder für“ Arbeitnehmer der Gesellschaft oder eines mit ihr verbundenen Unternehmens ausdrücklich erlaubt (vgl Initiativantrag 2231/A 25. GP 10). Da die Unterstützung beim Aktienwerb durch Arbeitnehmer wie auch beim Erwerb für Arbeitnehmer gewährt werden kann und der Normtext des § 66 a Satz 2 AktG nicht auf die Verwirklichung eines der beiden steuerlich begünstigten Stiftungsmodelle abstellt, werden allgemein auch sonstige Modelle, die der Beteiligung von Arbeitnehmern dienen, als von der Ausnahmeregelung erfasst angesehen (vgl *Eckert/Schopper/Schmidt* in *Eckert/Schopper*, AktG-ON<sup>1.00</sup> § 66 a Rz 16; *Karollus* in *Artmann/Karollus*, AktG I<sup>6</sup> § 66 a Rz 18/1; vgl Initiativantrag 2231/A 25. GP 10 und Art 64 Abs 6 Satz 1 der der zugrundeliegenden Richtlinie [EU] RL 2017/1132 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts).

[39] Nach den Feststellungen ist der einzige Gesellschaftszweck der M\* wie auch der I\* das Halten von Anteilen an der Bekl zur Umsetzung eines Mitarbeiter-Beteiligungsprogramms und kommt diesen Gesellschaften für die ihrerseits gehaltenen Vorzugsaktien eine Vorzugsdividende zu, solange sie diese Vorzugsaktien halten und deren Geschäftsanteile ausschließlich von Personen gehalten werden, „die in einem aufrechten Dienst- oder Vorstandsvertragsverhältnis bei [der Bekl] stehen oder in den vergangenen zwölf Monaten gestanden sind“. Dazu kommen die in den Gesellschaftsverträgen der Beteiligungsgesellschaften vorgesehenen Ruhens- und Abtretungsbestimmungen. Am Vorliegen eines „sonstigen Modells“, das der Regelung des § 66 a Satz 2 AktG unterfällt, ist daher nicht zu zweifeln.

[40] 3.2. Anders als die Unterstützung für Arbeitnehmer, zu denen im gegebenen Zusammenhang auch leitende Angestellte zählen, ist eine solche für Organmitglieder nicht nach § 66 a AktG privilegiert (*Karollus* in *Artmann/Karollus*, AktG I<sup>6</sup> § 6 a Rz 18/1; *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>3</sup> § 66 a Rz 12; *Eckert/Schopper/Schmidt* in *Eckert/Schopper*, AktG-ON<sup>1.00</sup> § 66 a Rz 16). Eine Darlehensgewährung und Verpfändung an Organmitglieder ist dem festgestellten Sachverhalt jedoch ohnehin nicht zu entnehmen.

[41] 3.3. Von § 66 a AktG unberührt bleibt das allgemeine Verbot der Einlagenrückgewähr (§ 52 AktG). Ein unter § 66 a AktG fallendes Rechtsgeschäft kann daher gleichzeitig gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstoßen (*Karollus* in *Artmann/Karollus*, AktG I<sup>6</sup> § 66 a Rz 20 aE und Rz 22; *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>3</sup> § 66 a Rz 17; *Eckert/Schopper/Schmidt* in *Eckert/Schopper*, AktG-ON<sup>1.00</sup> § 66 a Rz 18). Das gilt auch für den Fall der Finanzierung von Mitarbeiterbeteiligungsmodellen (*Foglar-Deinhardstein* in *Napokoj/Foglar-Deinhardstein/Pelinka*, AktG Taschenkommentar [2019] § 66 a AktG Rz 11; *Foglar-Deinhardstein* in *Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG [2017] § 81

Rz 81 f; *Ch. Nowotny*, Mitarbeiterbeteiligungen im Gesellschaftsrecht, in *Bertl/Eberhartinger/Egger/Kalss/Lang/Nowotny/Riegler/Schuch/Staringer*, Mitarbeiterbeteiligungen im Unternehmens- und Steuerrecht [2009] 83 [91]; *Kalss*, Mitarbeiterbeteiligungen aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, in *Kronberger/Leitsmüller/Rauner*, Mitarbeiterbeteiligung in Österreich [2007] 118 [125 ff]), was von den Parteien auch nicht bezweifelt wird, und wirft die Frage der diesbezüglichen Beurteilungsmaßstäbe auf.

[42] 3.4. Zutreffend zeigt der Rek auf, dass der Umstand einer Legitimation der Finanzierung in § 66 a AktG dabei nicht unberücksichtigt bleiben kann. Denn dem Institut einer Mitarbeiterbeteiligung samt dessen Finanzierung nach § 66 a AktG ist immanent, dass es einem außenstehenden Dritten („Nichtmitarbeiter“) gerade nicht offensteht (*Ch. Nowotny*, Mitarbeiterbeteiligungen im Gesellschaftsrecht, in *Bertl* ua, Mitarbeiterbeteiligungen im Unternehmens- und Steuerrecht [2009] 83 [91]). Daher ist die ansonsten im Rahmen des Drittvergleichs regelmäßig anzustellende Prüfung, ob das Geschäft auch mit einem anderen, unbeteiligten Dritten und bejahendenfalls auch zu diesen Bedingungen geschlossen worden wäre (RS0105540[T 7]; vgl zur Darlehensgewährung im Zusammenhang mit einem Beteiligungserwerb etwa 6 Ob 114/17 h; vgl zur Berücksichtigung besonderer betrieblicher Gründe 6 Ob 89/21 p [ErwGr 3.1]; RS0120348), nicht der entscheidende Maßstab.

[43] 3.5. Vielmehr ist iS einer Gesamtbetrachtung die betriebliche Rechtfertigung der Unterstützungsleistung zu beurteilen, auch wenn die Gesellschaft eine derartige Leistung im Verhältnis zu einem Dritten, der bei ihr nicht beschäftigt ist, nicht erbringen würde (*Ch. Nowotny*, Mitarbeiterbeteiligungen im Gesellschaftsrecht, in *Bertl* ua, Mitarbeiterbeteiligungen im Unternehmens- und Steuerrecht [2009] 83 [91]). Dabei ist zu berücksichtigen, dass eine Mitarbeiterbeteiligung die positive Entwicklung der Gesellschaft fördern soll und damit grundsätzlich im betrieblichen Interesse der Gesellschaft (*Karollus* in *Artmann/Karollus*, AktG I<sup>6</sup> § 65 Rz 86; *Foglar-Deinhardstein* in *Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG [2017] § 81 Rz 82; *Ch. Nowotny*, Mitarbeiterbeteiligungen im Gesellschaftsrecht, in *Bertl* ua, Mitarbeiterbeteiligungen im Unternehmens- und Steuerrecht [2009] 83 [91]) und damit auch deren Gläubiger liegt.

[44] 3.6. Es ist zu prüfen, ob eine sorgfältige, am Wohl der leistenden Gesellschaft orientierte Geschäftsleitung die Unterstützungsleistung zum Zweck der Förderung der Mitarbeiterbeteiligung überhaupt und bejahendenfalls auch zu diesen Bedingungen abgeschlossen hätte. Ist aufgrund der vorzunehmenden Gesamtbetrachtung die betriebliche Rechtfertigung der Unterstützungsleistung zur Förderung der Mitarbeiterbeteiligung gegeben, liegt darin auch keine unzulässige Einlagenrückgewähr.

[45] Als Anhaltspunkte können hierfür unternehmens- und branchenübliche freiwillige Sozialleistungen (Prä-

mien- und Bonuszahlungen, Gehaltsvorschüsse, begünstigte Mitarbeiterkredite) herangezogen werden (*Foglar-Deinhardstein* in *Napokoj/Foglar-Deinhardstein/Pelinka*, AktG Taschenkommentar [2019] § 66 a AktG Rz 11; *Foglar-Deinhardstein* in *Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG [2017] § 81 Rz 80 ff; *Kalss*, Mitarbeiterbeteiligungen aus gesellschaftsrechtlicher Sicht, in *Kronberger/Leitsmüller/Rauner*, Mitarbeiterbeteiligung in Österreich [2007] 118 [126]; *Ch. Nowotny*, Probleme der Einführung von Mitarbeiteraktien, RdW 1986, 326 [326]).

[46] Es kann auch in Anschlag gebracht werden, dass und in welcher Höhe die begünstigten Mitarbeiter auf sonst von ihnen beanspruchte übliche Entgeltbestandteile (etwa Boni, erfolgsbezogene Entgeltbestandteile etc) verzichten (vgl *Ch. Nowotny*, Mitarbeiterbeteiligungen im Gesellschaftsrecht, in *Bertl* ua, Mitarbeiterbeteiligungen im Unternehmens- und Steuerrecht [2009] 83 [92]; vgl auch *Kalss*, Aktienrechtliche Regelungen der Mitarbeiterbeteiligungen, in *Bertl/Eberhartinger/Egger/Kalss/Lang/Nowotny/Riegler/Schuch/Staringer*, Mitarbeiterbeteiligungen im Unternehmens- und Steuerrecht [2009] 61 [67]).

[47] Ebenso kann – bei wie hier in Form einer Zwischengesellschaft gebündelten Mitarbeiterbeteiligungen – ein Interesse der Gesellschaft an der Bildung eines stabilen Kernaktionärs berücksichtigt werden (*Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>3</sup> § 66 a Rz 4 aE; *Kalss*, Aktienrechtliche Regelungen der Mitarbeiterbeteiligungen, in *Bertl* ua, Mitarbeiterbeteiligungen im Unternehmens- und Steuerrecht [2009] 61 [69]; *Ch. Nowotny*, Mitarbeiterbeteiligungen im Gesellschaftsrecht, in *Bertl* ua, Mitarbeiterbeteiligungen im Unternehmens- und Steuerrecht [2009] 83 [92]).

[48] 3.7. Feststellungen, die eine abschließende Beurteilung der betrieblichen Rechtfertigung iS dieser Kriterien zuließen, wurden aber bisher nicht getroffen. Im Ergebnis zutreffend hat das BerG dargelegt, dass dazu auch die konkrete Ausgestaltung der Darlehen samt Besicherung, Verzinsung etc gehört, weil die Beurteilung, ob eine sorgfältige, am Gesellschaftswohl orientierte Geschäftsleitung die Finanzierung in dieser Form gewährt hätte, ansonsten nicht erfolgen kann. Dabei wird gegebenenfalls auch zu berücksichtigen sein, dass für die Inpfandnahme eigener Aktien gem § 65 b AktG der Erwerbsgrund des § 65 Abs 1 Z 4 AktG von vornherein nicht in Betracht kommt (*Karollus* in *Artmann/Karollus*, AktG I<sup>6</sup> § 65 b Rz 7; *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>3</sup> § 65 b Rz 3; *Eckert/Schopper/Schmidt* in *Eckert/Schopper*, AktG-ON<sup>1.00</sup> § 65 b Rz 6) und eine aktienrechtlich unzulässige und schuldrechtlich unwirksame (§ 65 Abs 2 AktG) Besicherung von einer sorgfältigen, am Gesellschaftswohl orientierte Geschäftsleitung regelmäßig nicht vorgenommen würde.

[49] 4. Es hat daher bei der vom BerG beschlossenen Aufhebung der erstinstanzlichen E und Zurückverwei-

sung der Rechtssache an das ErstG zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung zu bleiben.

[50] 5. Im fortgesetzten Verfahren wird das ErstG mit den Parteien aber auch folgenden, im Verfahren bisher unbeachtet gebliebenen Aspekt (vgl RS0037300) zu erörtern und dazu Feststellungen zu treffen haben:

[51] 5.1. Nach § 65 Abs 4 Satz 2 AktG ist ein schuldrechtliches Geschäft über den Erwerb eigener Aktien ua auch dann rechtsunwirksam, soweit der Erwerb gegen § 65 Abs 1 AktG verstößt, was ebenfalls dazu führt, dass die noch offenen Leistungspflichten aus dem Titelgeschäft nicht durchgesetzt werden können (Pkt 2.6.). Hinzu tritt der Umstand, dass ein Erwerb eigener Aktien bei Nichteinhaltung der Voraussetzungen des § 65 AktG grundsätzlich auch einen Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verwirklicht (§ 52 Satz 2 AktG e contrario; *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>3</sup> § 65 Rz 154; *Eckert/Schopper/Schmidt* in *Eckert/Schopper*, AktG-ON<sup>1.00</sup> § 65 Rz 77; vgl *Karollus* in *Artmann/Karollus*, AktG I<sup>6</sup> § 65 Rz 86).

[52] 5.2. Das Vorliegen eines zulässigen Erwerbsfalls des § 65 Abs 1 AktG für den klagsgegenständlichen Erwerb lässt sich jedoch weder dem Vorbringen der Parteien noch den Feststellungen entnehmen. Selbst wenn man nach § 65 Abs 1 Z 4 AktG von einem neuerlichen Anbot der klägerischen Anteile durch die Bekl im Rahmen der Mitarbeiterbeteiligung ausgehen wollte, dürfte ein solcher Erwerb lediglich aufgrund einer höchstens 30 Monate (18 Monate nach der Rechtslage vor dem 15. 12. 2007 [BGBl I 2007/72]) geltenden Ermächtigung der Hauptversammlung erfolgen (zum erforderlichen Beschlussinhalt § 65 Abs 1 a AktG; vgl *Karollus* in *Artmann/Karollus*, AktG I<sup>6</sup> § 65 Rz 31 ff).

[53] 5.3. Das Fehlen eines zulässigen Erwerbsgrundes nach § 65 Abs 1 AktG stünde dem klägerischen Anspruch ungeachtet der zusätzlich erforderlichen Einhaltung der 10%-Schwelle des § 65 Abs 2 AktG entgegen (vgl *Karollus* in *Artmann/Karollus*, AktG I<sup>6</sup> § 65 Rz 36).

[54] 6. [...]

#### Anmerkung:

Der grds verbotene und nur ausnahmsweise erlaubte Erwerb eigener Anteile ist im AktG in §§ 65 ff, im GmbHG in § 81 und im FlexKapGG in §§ 15 ff geregelt. Zum Themenkreis des **Erwerbs und der Inpfandnahme eigener Anteile** ist jüngst die scharfsinnig argumentierte E 6 Ob 42/23 d ergangen. Sie liest sich wie ein guter Krimi mit mehreren unerwarteten Wendungen und – vorläufig – offenem Ende. Fast wie im Vorbeigehen schlägt der erk 6. Senat – unter genauer Rezeption der einschlägigen Kommentarliteratur – folgende dogmatische Pflöcke ein:

- Ein Erwerb eigener Aktien verwirklicht bei Nichteinhaltung der Voraussetzungen des § 65 AktG grundsätzlich einen Verstoß gegen das **Verbot der Einlagenrückgewähr** (§ 52 Satz 2 AktG e con-

trario). Soll ein erlaubter und damit – zumindest dem Grunde nach – vom Verbot der Einlagenrückgewähr freigestellter Erwerb eigener Aktien bewerkstelligt werden, muss ein Erwerbsgrund nach § 65 Abs 1 AktG bestehen (ErwGr 51, 52). (Selbst dann kann mE immer noch eine Verletzung des Verbots der Einlagenrückgewähr vorliegen, wenn der Erwerb zu unangemessenen Konditionen erfolgt; vgl OGH 18. 7. 2011, 6 Ob 33/11 p GesRZ 2011, 361 [Hügel]; H. Foglar-Deinhardstein in Napokoj/Foglar-Deinhardstein/Pelinka, AktG § 65 Rz 47 mwN).

- Die **Inpfandnahme** eigener Aktien ist grundsätzlich nur unter denselben Voraussetzungen gestattet wie der Erwerb eigener Aktien (ErwGr 21).
- §§ 65 ff AktG sind auf den **Erwerb von Anteilen an einer Obergesellschaft** (nur dann) analog anzuwenden, wenn das **Vermögen der Obergesellschaft (fast) ausschließlich aus Aktien der erwerbenden Gesellschaft** besteht. Diesfalls werden mit dem Erwerb von Anteilen am oberen Rechtsträger wirtschaftlich ebenso die eigenen Aktien erworben. Selbiges gilt auch für die Inpfandnahme von Anteilen an solchen Rechtsträgern (ErwGr 23).
- Der Erwerb von Anteilen an einem Rechtsträger, dessen Vermögen (fast) ausschließlich aus Aktien der erwerbenden Gesellschaft besteht, ist insb unzulässig, wenn die (ggf anwendbare) Erwerbsgrenze gem § 65 Abs 2 AktG überstiegen wird, dh wenn durch den Erwerb eine **durchgerechnete (un-)mittelbare Selbstbeteiligung von 10% des Grundkapitals** der erwerbenden Gesellschaft überschritten wird (ErwGr 27, 29). Der Prozentsatz einer mittelbaren Selbstbeteiligung errechnet sich aus der Multiplikation der Quote der von der erwerbenden AG zu übernehmenden Beteiligung an der Zielgesellschaft mit der Quote der Beteiligung der Zielgesellschaft an der erwerbenden Gesellschaft (exemplarisch im gegenständlichen Fall: Erwirbt Gesellschaft A an Gesellschaft B eine Beteiligung von 15,36%, wobei B an A schon eine Beteiligung von 12,5% hält, so ergibt sich ausmultipliziert eine durchgerechnete Selbstbeteiligung von A an sich selbst in Höhe von 1,92%) (vgl ErwGr 32; so übrigens auch *Walch*, NZ 2023, 572 f; *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>3</sup> § 66 Rz 28).
- Bei der Ermittlung der 10%-Schwelle sind in **Pfand genommene** eigene Aktien – und in Pfand genommene Anteile an Rechtsträgern, deren Vermögen (fast) ausschließlich aus Aktien der erwerbenden Gesellschaft besteht – hinzuzurechnen (ErwGr 30).
- Weder der Verstoß gegen die Bestimmungen zum Erwerb eigener Aktien noch die Verletzung der Vorgaben zur Inpfandnahme eigener Aktien berühren *per se* die **Wirksamkeit des Erwerbs oder der Verpfändung**. Lediglich das **schuldrechtliche**

**Geschäft** über den Erwerb bzw die Verpfändung (im Fall der Verpfändung der Pfandbestellungsvertrag, nicht aber der Kreditvertrag) ist gem § 65 Abs 4 AktG bzw § 65 b Abs 2 AktG rechtsunwirksam. In die 10%-Schwelle sind daher grds sämtliche (un-)mittelbar gehaltenen oder in Pfand genommenen eigenen Aktien miteinzurechnen, unabhängig davon, ob die Erwerbe bzw Inpfandnahmen zulässig waren oder nicht (ErwGr 31). Bei einem **Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr** wegen der Konditionen des konkreten Geschäfts kann freilich auch das Verfügungsgeschäft nichtig sein (ErwGr 36).

- Ein **schuldrechtliches Geschäft** über den Erwerb eigener Aktien ist ua rechtsunwirksam, soweit der Erwerb gegen § 65 Abs 1 (Erlaubnistatbestand) oder Abs 2 (ggf Erwerbsgrenze, Kapitalgrenze, Vollenzahlung) AktG verstößt. Das Geschäft ist in einem solchen Fall nichtig; die noch offenen Leistungspflichten aus dem schuldrechtlichen Geschäft können nicht durchgesetzt werden (ErwGr 34, 51).

Weiters trifft der 6. Senat wichtige Aussagen in Hinblick auf die Vereinbarkeit der **Gewährung und der Finanzierung von Mitarbeiterbeteiligungen** mit dem Verbot der Einlagenrückgewähr und § 66 a AktG:

- Verstößt ein **Darlehensvertrag** gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr, ist er nichtig. Aufgrund der **Akzessorietät des Pfandrechts** hätte dies auch die (schuld- und sachenrechtliche) Nichtigkeit von Inpfandnahmen auf Basis eines solchen Darlehensvertrags zur Folge (ErwGr 36).
- Gewährt eine AG im **Kontext eines Mitarbeiterbeteiligungsmodells** einem Mitarbeiter ein **Darlehen zum Zweck des (mittelbaren) Erwerbs eigener Aktien**, ist bei der Prüfung des Verbots der Einlagenrückgewähr in Hinblick auf dieses Darlehen **kein „Fremdvergleich“ mit außenstehenden Dritten** anzustellen (ErwGr 37).
- § 66 a Satz 2 AktG stellt die Zulässigkeit der Finanzierung von Mitarbeiter-Kapitalbeteiligungsmodellen klar. Die Regelung erfasst alle Modelle, die der **Beteiligung von Arbeitnehmern** dienen, und nicht nur die steuerlich begünstigten Stiftungsmodelle (ErwGr 38). Die Unterstützung von **leitenden Angestellten** ist ebenfalls nach § 66 a AktG privilegiert, **nicht** aber eine solche für **Organmitglieder** (ErwGr 40).
- Von § 66 a AktG unberührt bleibt das **allgemeine Verbot der Einlagenrückgewähr**. Ein unter § 66 a AktG fallendes Rechtsgeschäft kann daher dennoch gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstoßen (ErwGr 41).
- Eine Mitarbeiterbeteiligung samt ihrer Finanzierung gem § 66 a AktG steht einem außenstehenden Dritten gerade nicht offen (ErwGr 42). Daher

ist (nur, aber immerhin) die **betriebliche Rechtfertigung** der Unterstützungsleistung zu beurteilen, wobei zu berücksichtigen ist, dass eine Mitarbeiterbeteiligung die positive Entwicklung der Gesellschaft fördern soll und damit grds im **betrieblichen Interesse** der Gesellschaft steht (ErwGr 43). Es ist somit zu prüfen, ob eine **sorgfältige, am Wohl der leistenden Gesellschaft orientierte Geschäftsleitung** die Unterstützungsleistung zum Zweck der Förderung der Mitarbeiterbeteiligung überhaupt und bejahendenfalls auch zu diesen Bedingungen abgeschlossen hätte. Ist aufgrund der vorzunehmenden Gesamtbetrachtung die betriebliche Rechtfertigung der Unterstützungsleistung zur Förderung der Mitarbeiterbeteiligung gegeben, liegt darin auch keine unzulässige Einlagenrückgewähr (ErwGr 44).

- Als Anhaltspunkte können **unternehmens- und branchenübliche freiwillige Sozialleistungen** (Prämien- und Bonuszahlungen, Gehaltsvorschüsse, begünstigte Mitarbeiterkredite) herangezogen werden. Es kann auch in Anschlag gebracht werden, dass und in welcher Höhe die begünstigten Mitarbeiter auf sonst von ihnen beanspruchte **übliche Entgeltbestandteile** (etwa Boni, erfolgsbezogene Entgeltbestandteile etc) verzichten. Ebenso kann – bei in Form einer Zwischengesellschaft gebündelten Mitarbeiterbeteiligungen – ein **Interesse der Gesellschaft an der Bildung eines stabilen Kernaktionärs** berücksichtigt werden (ErwGr 45, 46, 47).
- Eine abschließende Beurteilung der betrieblichen Rechtfertigung setzt eine Analyse der konkreten Ausgestaltung des Mitarbeiterdarlehens samt Besicherung, Verzinsung etc voraus (ErwGr 48).
- Für die Inpfandnahme eigener Aktien kommt der Erlaubnistatbestand des § 65 Abs 1 Z 4 AktG (Erwerb für eine Mitarbeiterbeteiligung) von vornherein nicht in Betracht (ErwGr 48).

Aus den zahlreichen vom erkSen angeschnittenen Themen sollen im Zuge dieser Besprechung nur drei herausgegriffen werden:

### 1. „Verhinderung der Verwaltungsherrschaft“ versus „Bildung eines stabilen Kernaktionärs“

Neben insb dem Schutz des Gesellschaftsvermögens und der Gläubigerinteressen wird als Normzweck für die Regulierung des Erwerbs eigener Anteile immer wieder – so jüngst auch wieder in den Mat zum FlexKapGG – die **Verhinderung der Verwaltungsherrschaft** angeführt. Damit ist gemeint, dass sich das Leitungsorgan – mangels gesetzlichen Korsetts – durch Erwerb eigener Anteile die unkontrollierte Macht einerseits über die Gesellschaft und andererseits – (auch) durch Weiterveräußerung der Anteile – über die Zusammensetzung des Kreises der Anteils-

eigner sichern könnte. Demgegenüber anerkennt der OGH in der vorliegenden E ganz ausdrücklich – unter Berufung auf *Kalss* und *Ch. Nowotny* – ein legitimes „*Interesse der Gesellschaft an der Bildung eines stabilen Kernaktionärs*“.

Damit unterstreicht der erkSen einmal mehr, dass der Normzweck der Hintanhaltung der Verwaltungsherrschaft „*nicht ganz ernst zu nehmen*“ ist (*Koppensteiner/Rüffler, GmbHG<sup>3</sup> § 81 Rz 2*). Zum einen ist unstrittig, dass die Gesellschafterrechte aus von der Gesellschaft gehaltenen eigenen Anteilen ruhen. Das ist in § 65 Abs 5 AktG und § 15 Abs 6 FlexKapGG explizit so angeordnet (*Walch, NZ 2023, 573*). Auch ohne die Erinnerung durch diese verdeutlichenden gesetzlichen Regelungen wäre aber völlig klar, dass grds niemand Rechte gegen sich selbst ausüben kann (*Koppensteiner/Rüffler, GmbHG<sup>3</sup> § 81 Rz 13*). Zum anderen ist dem Kapitalgesellschaftsrecht „*die Einwirkung der Gesellschaft auf die Zusammensetzung ihres Gesellschafterkreises durchaus bekannt und keineswegs fremd*“ (OLG Innsbruck 22. 4. 2020, 3 R 10/20z) und damit kein Vorgang, den eine Norm generell-abstract verhindern müsste oder sollte (*H. Foglar-Deinhardstein in Rastegar/Rastegar/Rastegar, FlexKapGG-ON § 15 Rz 6*; *H. Foglar-Deinhardstein in Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer, GmbHG<sup>2</sup> § 81 Rz 9*). Auch in der E OGH v 26. 7. 2016, 9 ObA 69/16 m (GES 2016, 348 [*Fantur*]) wurde schon betont, dass eine GmbH durchaus ein Eigeninteresse hat, bei einem Anteilsverkauf auf Ebene der Gesellschafter aktiv und gestaltend mitzuwirken, um künftig über eine für die Verfolgung des Unternehmensgegenstands optimale Struktur von Eigentümern, die an einem dauerhaften Engagement interessiert sind, zu verfügen.

### 2. 10%-Grenze bei Rück- und Ringbeteiligungen?

Im Zuge des Rechtsstreits zwischen der *UniCredit Bank Austria* und der *3 Banken Gruppe* (s nur OLG Innsbruck 22. 4. 2020, 3 R 10/20z GesRZ 2020, 279 [*G. Eckert*]; OGH 23. 7. 2020, 18 OCg 1/20a, 18 OCg 2/20y, 18 OCg 3/20w, *Edel/Förstel-Cherng/Dobrić*, RdW 2021, 101; 25. 11. 2020, 6 Ob 93/20z GesRZ 2021, 185 [*Potyka*]; 30. 11. 2020, 6 Ob 205/20w; OLG Wien 23. 5. 2024, 33 R 183/23h, 33 R 184/23f, 33 R 185/23b) erkannte der OGH in der E 28. 6. 2023, 6 Ob 178/22b (EvBl 2023, 851 [*Drobnik*] = *H. Foglar-Deinhardstein*, ÖJZ 2023, 911 = NZ 2023, 571 [*Walch*] = GesRZ 2023, 382 [*Kalss*]) zu wichtigen **Fragen zu wechselseitigen und ringförmigen Beteiligungen** und formte dabei ua folgenden Rechtssatz: „*Eine (Rück- oder Ring-)Beteiligung außerhalb des Verhältnisses einer Mutter-Kapitalgesellschaft zu einem Tochterunternehmen iSv § 66 AktG iVm § 189a Z 7 UGB ist zulässig, zumindest soweit eine durchgerechnete (un-)mittelbare Selbstbeteiligung iHv 10% nicht überschritten wird*“ (Hervorhebung hinzugefügt).

Dieser Rechtssatz wird in der hier zu besprechenden E referierend wiederholt. Freilich hält der ersen idZ fest, dass im konkreten Fall wegen der Anwendbarkeit von § 65 Abs 2 AktG auf den Erwerb von Anteilen an einem Rechtsträger, dessen (beinahe) gesamtes Vermögen aus Aktien an der erwerbenden Gesellschaft besteht, ohnedies die 10%-Erwerbsgrenze gem § 65 Abs 2 AktG einzuhalten sei. Deshalb erübrige sich gegenständlich die Frage, ob sonst – gemeint wohl: bei einer wechselseitigen oder ringförmigen Beteiligung außerhalb des Anwendungsbereichs der §§ 65 ff AktG – eine über 10% hinausgehende Selbstbeteiligung aktienrechtlich zulässig wäre (ErwGr 29).

ME kann die prophylaktische Einschränkung des vorhin zitierten Rechtssatzes auf durchgerechnete Selbstbeteiligungen von maximal 10% fallen gelassen bzw – gerade anhand der von der vorliegenden E eröffneten Lösungen – deutlich und trennscharf eingeschränkt werden. Enthält eine Wechsel- oder Ringbeteiligung weder (a) Selbstbeteiligungen, die über Tochterunternehmen iSv § 66 AktG (analog)/§ 18 FlexKapGG iVm § 189 a Z 7 UGB gehalten werden, noch (b) eine Beteiligung an einem Rechtsträger, dessen (beinahe) gesamtes Vermögen aus Anteilen an der fraglichen Gesellschaft besteht, so sind §§ 65 ff AktG bzw deren Parallelnormen in GmbHG und FlexKapGG nicht anwendbar. Gibt es freilich eine **Selbstbeteiligung, die über ein Tochterunternehmen iSv § 66 AktG (analog)/§ 18 FlexKapGG** besteht, so gelten zweifelsohne § 66 AktG (analog) bzw § 18 FlexKapGG, sodass die vom Tochterunternehmen gehaltenen eigenen Aktien voll auf die ggf anwendbaren Erwerbs- und Behaltegrenzen anzurechnen sind (vgl *H. Foglar-Deinhardstein in Napokoj/Foglar-Deinhardstein/Pelinka, AktG § 65 Rz 7, § 65 a Rz 6; H. Foglar-Deinhardstein in Rastegar/Rastegar/Rastegar, FlexKapGG-ON § 15 Rz 22, § 16 Rz 12; H. Foglar-Deinhardstein in Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer, GmbHG<sup>2</sup> § 81 Rz 54*), wobei die jeweilige Anwendbarkeit dann immer noch für den konkreten Einzelfall zu prüfen ist. Die durchgerechnete Selbstbeteiligung ist in diesem Szenario aber keinesfalls relevant, weil die von der Tochter im Eigentum oder als Pfand gehaltenen Anteile ja nicht nur im Ausmaß der ausmultiplizierten Beteiligungsquoten, sondern 1:1 durchschlagen (vgl *Walch, NZ 2023, 573*). Da „*sich also nicht einmal der Gesetzgeber an die 10%-Grenze*“ (iS einer Grenze, die bei einer durchgerechneten Selbstbeteiligung von 10% anzusetzen wäre) hält, „*lässt sich diese nicht per analogiam auf andere Fälle ausdehnen*“ (*Walch, NZ 2023, 573*). Wird die **Selbstbeteiligung** hingegen **über einen Rechtsträger** erworben/gehalten, der kein Tochterunternehmen iSv § 66 AktG (analog)/§ 18 FlexKapGG ist, so kommen §§ 65 ff AktG, § 81 GmbHG und §§ 15 FlexKapGG – wie gerade aus der gegenständlichen

E ersichtlich – nur dann ins Spiel, wenn bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise ein Erwerb/ein Halten eigener Anteile vorliegt, weil sich das **Vermögen** des dritten Rechtsträgers (**fast**) **ausschließlich aus Anteilen an der betrachteten Gesellschaft zusammensetzt**. Bei einem solchen Sachverhalt ist – wie vom OGH in der vorliegenden E herausgearbeitet – für die Beurteilung von Erwerbs- und Behaltegrenzen nur, aber immerhin auf die **durchgerechnete Selbstbeteiligung** (die sich aus der Multiplikation der Beteiligungsquoten ergibt) abzustellen.

**Außerhalb** dieser beiden Konstellationen – **Selbstbeteiligung über ein Tochterunternehmen oder über eine ansonsten (nahezu) leere Hüllen-Gesellschaft** – sind mE die kapitalgesellschaftsrechtlichen Regeln zum Erwerb und zum Halten eigener Anteile weder direkt noch analog anwendbar, und es sind daher auch **keine prozentuellen Beschränkungen für wechselseitige oder ringförmige Beteiligungen zwischen Kapitalgesellschaften** zu beachten (ebenso *Karollus in Artmann/Karollus, AktG<sup>6</sup> § 66 Rz 27, 29; G. Eckert/Schopper/U. Schmidt in Eckert/Schopper, AktG-ON<sup>1.00</sup> § 66 Rz 31 f; G. Eckert/Schopper, GesRZ 2020, 381 [393 f]; Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>3</sup> § 66 Rz 32; H. Foglar-Deinhardstein, ÖJZ 2023, 911 [916]; Walch, NZ 2023, 573 f; H. Foglar-Deinhardstein in Napokoj/Foglar-Deinhardstein/Pelinka, AktG § 65 Rz 63; H. Foglar-Deinhardstein in Rastegar/Rastegar/Rastegar, FlexKapGG § 15 Rz 123; H. Foglar-Deinhardstein in Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer, GmbHG<sup>2</sup> § 81 Rz 54; aA [tendenziell für eine Obergrenze von durchgerechnet 10%] *P. Doralt/Diregger in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>3</sup> § 15 Rz 33*).*

Diese Sichtweise wird neuerdings dadurch untermauert, dass zwar im Aktienrecht **Erwerbs- und Bestandsgrenze** übereinstimmend bei 10% festgesetzt sind (§ 65 Abs 2, § 65 a Abs 2 AktG), das FlexKapGG aber nunmehr für die FlexCo eine Erwerbsgrenze von 33,33% und eine Bestandsgrenze von 50% ansetzt (§ 15 Abs 4, § 16 Abs 2 FlexKapGG; vgl *H. Foglar-Deinhardstein in Rastegar/Rastegar/Rastegar, FlexKapGG-ON § 15 Rz 12*). Auch daran zeigt sich, dass die verschiedenen Grenzwerte arbiträre Festlegungen durch das Gesetz sind (ähnlich *G. Eckert/Schopper, GesRZ 2020, 381 [394]*), aus denen sich folglich keine verallgemeinerungsfähigen Wertungen ableiten lassen, die starr-schematisch und mechanisch-formelmäßig für alle wechsel- oder ringförmigen Beteiligungen zwischen Kapitalgesellschaften zu gelten hätten. Damit ist nun tatsächlich eine **Grenze** erreicht, allerdings nicht für den Erwerb und den Bestand eigener Anteile, sondern **für Analogie und Rechtsfortbildung** (vgl OGH 28. 6. 2023, 6 Ob 178/22b; *Walch, NZ 2023, 573; H. Foglar-Deinhardstein, GesRZ 2024, 38 [49, 54 FN 188]*).

### 3. Mitarbeiterbeteiligungen und Verbot der Einlagenrückgewähr

3.1. Zu Recht hält der erKSen in der gegenständlichen E fest, dass es bei der **Gewährung und Finanzierung von Mitarbeiterbeteiligungen** durch eine AG aus Sicht des Verbots der Einlagenrückgewähr nicht auf den (externen) Fremdvergleich (zur Unterscheidung zwischen externem und internem Fremdvergleich und zum Vorrang des internen Drittvergleichs sogleich sowie *H. Foglar-Deinhardstein* in *Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG<sup>2</sup> § 82 Rz 90 mwN), sondern auf das **unternehmens- und branchenübliche Maß** und die **gebotene Sorgfalt eines am Unternehmenswohl orientierten Geschäftsleiters** ankommt. Ähnlich hat dies der OGH übrigens auch schon zum Cash Pooling ausgesprochen (OGH 2. 5. 2019, 17 Ob 5/19p NZ 2019, 222 [*H. Foglar-Deinhardstein*] = *Fantur*, GES 2019, 169 = RWZ 2019, 288 [*Wenger*] = *Obradović/Demian*, ZFR 2019, 451 = *Reisch*, ZIK 2019, 122 = ÖBA 2019, 741 [*Scheuwimmer*] = *Engin-Deniz*, *ecollex* 2019, 751 = GesRZ 2019, 344 [*Edel/Welten*]); das OLG Innsbruck sprach allgemein vom „Geschäftsleitertest“ (OLG Innsbruck 22. 4. 2020, 3 R 10/20z).

Dass die Gewährung oder Finanzierung von Mitarbeiterbeteiligungen im üblichen Ausmaß keinen Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr darstellt, war übrigens schon vor der Novellierung des § 66a AktG anerkannt, durch die das Gesetz jetzt eine ausdrückliche Erlaubnis für die Finanzierung von Mitarbeiterbeteiligungen enthält. Daher kann aus dieser Novellierung mE sogar abgeleitet werden, dass bei Einhaltung der **Kapitalgrenze** gem § 66a Satz 3 AktG der Maßstab der Unternehmens- und Branchenüblichkeit auch überdehnt werden darf (*H. Foglar-Deinhardstein* in *Rastegar/Rastegar/Rastegar*, FlexKapGG-ON § 15 Rz 105f; *H. Foglar-Deinhardstein* in *Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG<sup>2</sup> § 81 Rz 80; ähnlich möglicherweise *Karollus* in *Artmann/Karollus*, AktG<sup>6</sup> § 66a Rz 18/2).

3.2. In der gegenständlichen E wird vorausgesetzt, dass das **Verbot der Einlagenrückgewähr** grds auf alle Anteilseigner von Kapitalgesellschaften und damit auch auf **Mitarbeiter**, denen Anteile an einer Gesellschaft gewährt werden, anwendbar ist. Bei der **FlexCo** gilt das Verbot der Einlagenrückgewähr ebenso für **Unternehmenswert-Beteiligte** iSv §§ 9ff FlexKapGG (*Trenker*, ZIK 2024, 48 [50]; *Hartig* in *Wünscher*, FlexKapGG § 9 Rz 29; *Fantur*, GES 2024, 1 (2); *Albl*, immo aktuell 2024, 23; aA *K. Rastegar/K. Rastegar/R. Rastegar* in *Rastegar/Rastegar/Rastegar*, FlexKapGG-ON § 9 Rz 169ff). In der Lit wird daher Sorge dahingehend formuliert, dass Mitarbeiter, die Unternehmenswert-Anteile an einer FlexCo oder sonst Anteile an einer Kapitalgesellschaft erhalten, im Licht der Kapitalerhaltungsregeln sogar hinsichtlich der Höhe der Zahlungen

aus ihrem **Dienstverhältnis** einem scharfen Haftungsrisiko ausgesetzt sein können und bei unangemessen hohem Entgelt Rückzahlungsansprüche der Gesellschaft zu gewärtigen haben (*Trenker*, ZIK 2024, 48 [50]; *Fantur*, GES 2024, 1; *Albl*, immo aktuell 2024, 23). Diese Sorge ist grds nicht unberechtigt, weil naturgemäß das Gehalt eines Gesellschafters, der in einem Dienstverhältnis zur Gesellschaft steht, ebenso dem Angemessenheitspostulat der Kapitalerhaltungsregeln unterliegt wie jede andere Leistungs- und Austauschbeziehung der Gesellschaft mit einem Anteilseigner (allg *H. Foglar-Deinhardstein* in *Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG<sup>2</sup> § 82 Rz 81, 103 mwN). Dass sich an diesem Punkt in Hinblick auf Mitarbeiterbeteiligungen ein gewisses Störgefühl einstellt, schlägt jedoch auch schon die gedankliche Brücke zur pragmatischen, aber dennoch rechtsdogmatisch fundierten Lösung. Mindestens vier – miteinander verwandte und damit ineinandergreifende – rechtliche Ansatzpunkte schaffen nämlich mE doch gewisse Spielräume:

(a) Bei einer inäquivalenten Leistungsbeziehung mit einem Anteilseigner, der eine bloße **Zwergbeteiligung** hält, kann angenommen werden, dass der Vermögenstransfer zu Lasten der Gesellschaft nicht durch die Gesellschaftstellung beeinflusst wurde und schon deswegen gerechtfertigt ist (*H. Foglar-Deinhardstein* in *Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG<sup>2</sup> § 82 Rz 93, 118 mwN). Ein über ein Mitarbeiterbeteiligungsprogramm in die Gesellschaftsposition gekommener Anteilseigner wird häufig nur eine relativ kleine Beteiligung halten, die keine Beeinflussung seiner dienstvertraglichen Entlohnung – über das gewöhnliche Verhandlungspotential, das jedem Mitarbeiter zur Verfügung steht, hinaus – ermöglicht. Ist dies der Fall, droht mE richtigerweise keine Sanktionierung durch die Kapitalerhaltungsregeln.

(b) Bei der Durchführung des Dritt- oder Fremdvergleichs kommt dem **inneren (internen)** der Vorrang gegenüber dem **äußeren (externen) Fremdvergleich** zu; der äußere ist primär dann durchzuführen, wenn ein innerer nicht möglich ist (OGH 16. 11. 2012, 6 Ob 153/12m GesRZ 2013, 99 [*Krejci*]; *Hügel* in *Kalss/Torggler*, Einlagenrückgewähr 19 (39f); *Koppensteiner*, GesRZ 2014, 3 [7]; *G. Eckert/Schopper/Madari* in *Eckert/Schopper*, AktG-ON § 52 Rz 31; *Hermann/Liebenberger*, GES 2023, 11 [13]). Beim internen Fremdvergleich werden gleichartige Leistungsbeziehungen der betreffenden Gesellschaft selbst mit Nicht-Gesellschaftern als Vergleichsmaßstab herangezogen und/oder iS der vertikalen Vergleichbarkeit andersartige Leistungsbeziehungen der Gesellschaft mit Nicht-Gesellschaftern in ein angemessenes Verhältnis zur zu beurteilenden Leistung gesetzt; der externe Fremdvergleich stellt auf die horizontale Vergleichbarkeit und somit auf bekannte Marktpreise oder vergleichbare Transaktionen

unter Dritten ab, wobei – beim indirekten externen Fremdvergleich – unterschiedliche Bedingungen der Transaktionen durch die Vornahme von Zu- und Abschlägen ausgeglichen werden können (Karollus in Brandl/Karollus/Kirchmayr/Leitner, HB vGA<sup>3</sup> 1 [86 f, 116]; Bachl in Brandl/Karollus/Kirchmayr/Leitner, HB vGA<sup>3</sup> 411 [417 f]; vgl differenzierend Haberer/S.-F. Kraus, GES 2010, 10 [14 f]). Gerade bei der Beurteilung der Angemessenheit von Gehältern wird es daher in erster Linie auf die im Unternehmen selbst gegebene Gehaltspyramide und die dortigen Gehaltsbandbreiten ankommen, wobei sich selbstverständlich auch an einer Überschreitung von allfälligen Bandbreiten im konkreten Einzelfall nicht *per se* die Unangemessenheit des Gehalts des betreffenden Mitarbeiters ablesen lässt. Außerdem kann sogar eine als unangemessen zu beurteilende Leistungs- und Austauschbeziehung trotzdem betrieblich gerechtfertigt sein, weil die Figur der **betrieblichen Rechtfertigung** ja gerade anerkennt, dass auch ein objektiv sorgfältig handelnder Geschäftsleiter im konkreten Einzelfall aus guten Gründen ein wertinäquivalentes Geschäft abschließen und durchführen wird (H. Foglar-Deinhardstein in Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer, GmbHG<sup>2</sup> § 82 Rz 94).

(c) Bei der Beurteilung der Angemessenheit eines Leistungsaustauschs zwischen Gesellschaft und Anteilseigner können mE auch unübliche Konditionen einem Drittvergleich standhalten, wenn sie für den Einzelfall ausverhandelt und maßgeschneidert wurden, va wenn die Verhandlungen **auf Augenhöhe** – dh ohne dass eine Partei ihre gesellschaftsrechtlichen Einflussmöglichkeiten auf die andere ausnützt oder überhaupt ausnützen kann – stattgefunden haben und/oder wenn sich lediglich – im rechtlich zulässigen Rahmen – ein **wirtschaftliches Machtgefälle**, wie es auch zwischen miteinander unverbundenen Verhandlungspartnern häufig vorkommt, im Verhandlungsergebnis abbildet (H. Foglar-Deinhardstein in Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer, GmbHG<sup>2</sup> § 82 Rz 91). Gerade beim Gehalt eines Mitarbeiters werden häufig die gewöhnlichen Verhandlungen zwischen Dienstgeber und konkretem Dienstnehmer und idR nicht eine allfällige Minderheitsgesellschafter-Position des Mitarbeiters den Ausschlag geben.

(d) Letztlich finden sich die vorgenannten Analyse Kriterien auch in der hier zu besprechenden E wieder, wenn der erKSen zur Beurteilung der Angemessenheit von Unterstützungsleistungen an die Mitarbeiter auf unternehmens- und branchenübliche freiwillige Sozialleistungen (ErwGr 45), auf übliche Entgeltbestandteile des Mitarbeiters (ErwGr 46) sowie darauf abstellt, ob eine sorgfältige Geschäftsleitung die Unterstützungsleistung gewährt hätte (ErwGr 44, 48). Daraus lässt sich ableiten, dass **unternehmens- und branchenübliche Gehälter** und/oder solche, denen

eine **sorgfältige, am Wohl der Gesellschaft orientierte Geschäftsleitung** (auch nur ausnahmsweise) zustimmen würde, auch als angemessen und/oder betrieblich gerechtfertigt iS des Verbots der Einlagenrückgewähr angesehen werden können.

Heinrich Foglar-Deinhardstein

NZ 2024/93

§§ 40 bis 44 GmbHG; § 577 Abs 1 ZPO aF; §§ 577, 582 Abs 1, § 611 Abs 2 Z 7 ZPO

Zur objektiven Schiedsfähigkeit einer Beschlussmängelklage gegen eine Personengesellschaft

Einen Beschlussmängelstreit im Recht der Personengesellschaft dem schiedsgerichtl Verfahren zu unterwerfen setzt voraus, dass der Schiedsspruch gegenüber allen betroffenen Gesellschaftern wirksam sein kann. Das ist nur dann der Fall, wenn die Gesellschafter der Schiedsvereinbarung zugestimmt haben und ihnen bereits darin entsprechende Beteiligungs- und Mitwirkungsrechte eingeräumt werden; dazu zählt im Besonderen die Einbindung in die Konstituierung des SchiedsG. Ist die Schiedsvereinbarung nicht entsprechend ausgestaltet, ist die objektive Schiedsfähigkeit des Anspruchs nicht gegeben.

OGH 3. 4. 2024, 18 OCg 3/22y

Aufhebung des Schiedsspruchs

## Sachverhalt:

### I. Sachverhalt

[1] Die KI ist eine KG nach österr Recht.

[2] In der ao Gesellschafterversammlung der KI am 30. 10. 2020 wurden zum Tagesordnungspunkt 3 (1., 2., 3., 4. Spiegelstrich) folgende Beschlüsse gefasst:

- Das Haftkapital der Gesellschaft [...] wird durch eine Bareinlage [...] unter Ausschluss des Bezugsrechts der Gesellschafter und Zulassung der [7. Nebeninterventantin] zur Übernahme der gesamten Erhöhung des Haftkapitals [...] gegen eine Beteiligung von 82,5% der [7. NI] an der [KI] erhöht.

- Der Beitritt von der [7. NI] als neue Kommanditistin von der [KI] mit einer zur Gänze in bar zu leistenden Hafteinlage von 350 Mio Euro gegen eine Beteiligung von 82,5% der [7. NI] an der [KI] wird genehmigt.

- Der Grundsätzevertrag wird gem der „Anlage Grundsätzevertrag“, die dem Einladungsschreiben v 8. 10. 2020 zur heutigen Gesellschafterversammlung beigelegt war und mit diesem Antrag nochmals vorgelegt wird, geändert.

- Der Gesellschaftsvertrag der Gesellschaft wird gem der „Anlage [KI]-Vertrag“, die dem Einladungsschreiben v 8. 10. 2020 zur heutigen Gesellschafterversamm-