

zahlten Preise sind nach Verkaufsvolumina zu gewichten und daraus ist der durchschnittliche Preis zu ermitteln.<sup>39</sup> Damit kann es durchaus sein, dass die Unternehmenswert-Beteiligten (zumindest im Rahmen der letzten Transaktion) einen höheren Preis als die Gründungsgesellschafter erhalten. Anders als etwa im Übernahmerecht stellen somit Vorerwerbe nicht eine weitere Preisuntergrenze dar, sondern sind nur entsprechend aliquot zu berücksichtigen. Für den Erwerber bedeutet dies aber, dass seine Preiskalkulationen von sämtlichen Vorerwerbern beeinflusst werden, und zwar unabhängig davon, wer diese Vorerwerbe getätigt hat.

## F. Resümee

Mit dem ME wird erstmalig die Möglichkeit zur Ausgabe von stimmrechtlosen Anteilen bei einer personalistischen Kapitalgesellschaft in Form der Unternehmenswert-Anteile auf eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage gestellt. Allerdings lässt der ME einige wichtige Aspekte, die Unternehmenswert-Anteile und deren Mitverkaufsrecht betreffen, offen. Der Beratungsaufwand für die Ausgabe von Unternehmenswert-Anteilen wird deswegen

überaus hoch sein, sodass die Erreichung des intendierten Gesetzeszwecks – eine möglichst einfache und kostengünstige Beteiligung von Mitarbeiter:innen – in weite Ferne rückt. Es bleibt zu hoffen, dass einige der hier aufgezeigten Spannungsfelder und Lücken im Gesetzgebungsprozess noch aufgegriffen und „Nachschärfungen“ vorgenommen werden.

### Plus

#### ÜBER DEN AUTOR

E-Mail: johannes.zollner@uni-graz.at

<sup>39</sup> Die Mat (276/ME 27. GP Erläut 9) führen dafür folgendes Beispiel an: „Hat die Gründungsgesellschafterin [...] daher zunächst ein Viertel ihrer Beteiligung am Stammkapital, also 15 000 Euro, um einen Kaufpreis von 12 Euro pro Euro Kapitalbeteiligung (dh um insgesamt 180 000 Euro) verkauft und steht nunmehr ein Verkauf der restlichen drei Viertel ihrer Beteiligung am Stammkapital, also von 45 000 Euro, um einen Kaufpreis von 8 Euro pro Euro Kapitalbeteiligung (dh um insgesamt 360 000 Euro) an, so beträgt der den Unternehmenswert-Beteiligten anzubietende gewichtete Durchschnittspreis 9 Euro pro Euro Kapitalbeteiligung.“

# Die FlexCo als flexible Gesellschafterin ihrer selbst

## Mit einem kurzen Blick auf die rezente Ablehnung der Mehrleistungsthese durch den OGH

### Der Beitrag schnell gelesen

Zum Erwerb eigener Anteile wird das FlexKapGG gemäß dem vorliegenden ME in seinen §§ 15–18 ein fein ziseliertes Regelungsgefüge vorsehen, das sich an den entsprechenden aktienrechtlichen Normen (§§ 65 ff AktG) orientiert und diese Vorlage flexibilisiert sowie an das Recht der GmbH/FlexCo anpasst. Wie der OGH jüngst zu 6 Ob 178/22b ausgesprochen hat, bilden im Kapitalgesellschaftsrecht die Regeln zum Erwerb eigener Anteile den Schlüssel für die Beurteilung von wechselseitigen und ringförmigen Beteiligungen. Es bietet sich daher

an, §§ 15 ff FlexKapGG auch im Licht von 6 Ob 178/22b zu untersuchen. In diesem Kontext ist auch die Möglichkeit einer Einheits-FlexCo & Co KG einzuordnen.

### Kapitalgesellschaftsrecht

§§ 15 ff FlexKapGG

OGH 28. 6. 2023, 6 Ob 178/22b

ÖJZ 2023/155



Mag. HEINRICH FOGLAR-DEINHARDSTEIN, LL.M. (KCL) ist Rechtsanwalt in Wien und Partner der CERHA HEMPEL Rechtsanwälte GmbH.

### Inhaltsübersicht:

- A. Regelungen zu eigenen Anteilen – ein erfrischender Ansatz des FlexKapGG
  1. Die aktienrechtlichen Regelungen als Vorbild
  2. Überblick über die Abweichungen von der Vorbildregelung
- B. Erlaubnistatbestände für den Erwerb eigener Anteile durch die FlexCo
  1. Allgemeine Kriterien
    - a) Drittel-Erwerbsgrenze (§ 15 Abs 4 Satz 1 FlexKapGG)
    - b) Kapitalgrenze (§ 15 Abs 4 Satz 2 FlexKapGG)

- c) Volleinzahlung (§ 15 Abs 4 Satz 3 FlexKapGG)
- d) Beschluss der Generalversammlung (§ 15 Abs 2 FlexKapGG)
2. Ausgewählte Fragen zu den Erlaubnistatbeständen
  - a) Überblick
  - b) Zweckneutraler Erwerb aufgrund eines Gesellschafterbeschlusses oder einer Ermächtigung durch Gesellschafterbeschluss (§ 15 Abs 1 Z 5 FlexKapGG)
  - c) Erwerb von Unternehmenswert-Anteilen (§ 15 Abs 1 Z 6 FlexKapGG)
- C. Wechselseitige und ringförmige Beteiligungen
  1. Die Rückbeteiligung – ein immer noch rätselhaftes Phänomen
  2. Charakterisierung

3. Zur Frage der Zulässigkeit
  4. Zur Ablehnung der These von Mehrleistung oder Minderzuteilung durch den OGH
  5. Die Einheits-FlexCo & Co KG
- D. Conclusio

**A. Regelungen zu eigenen Anteilen – ein erfrischender Ansatz des FlexKapGG**

**1. Die aktienrechtlichen Regelungen als Vorbild**

Traditionell steht das Kapitalgesellschaftsrecht dem (derivativen) Erwerb<sup>1</sup> und dem Halten eigener Anteile durch die Gesellschaft zurückhaltend gegenüber. Der derivative Erwerb ist grundsätzlich verboten, sofern nicht im Einzelfall die Anforderungen der – streng limitierten – gesetzlichen Erlaubnistatbestände erfüllt werden. Wenn der Erwerb zumindest einen der Erlaubnistatbestände erfüllt, ist er grds zulässig.

Gemäß dem ME wird sich das FlexKapGG zur Regelung des Themas einer für das GmbH-Recht neuen Technik bedienen: Während nämlich das AktG in §§ 65 ff AktG einen ebenso detaillierten wie komplizierten Normenbestand enthält, ist die ziemlich lieblos gestaltete Parallelnorm im GmbHG – § 81 GmbHG – allzu kurz geraten und ordnet für die – im Vergleich zum Aktienrecht noch weiter eingeschränkten – Erlaubnistatbestände lakonisch die sinngemäße Anwendung der „entsprechenden, für den Erwerb eigener Aktien geltenden Vorschriften“ an.

**Das FlexKapGG wählt für den Erwerb eigener Anteile zu Recht einen ambitionierteren Ansatz als das geltende GmbH-Recht.**

Der ME für das FlexKapGG wählt zu Recht einen ambitionierteren Ansatz als das geltende GmbHG. §§ 15–18 FlexKapGG orientieren sich an §§ 65 ff AktG, wobei diese Vorbilder flexibilisiert und ans Recht der GmbH/FlexCo angepasst werden. Wie in den Erläuterungen ausdrücklich festgehalten, sollen §§ 15–18 FlexKapGG eine Erleichterung gegenüber den strengen §§ 81, 82 GmbHG bieten.

**2. Überblick über die Abweichungen von der Vorbildregelung**

Die markanteste Diskrepanz des § 15 FlexKapGG zur Vorbildregelung des § 65 AktG findet sich bei der **Erwerbsgrenze**: Während sie von § 65 Abs 2 Satz 1 AktG schon bei 10% eingezogen wird, liegt sie gem § 15 Abs 4 Satz 1 FlexKapGG ggf erst bei einem **Drittel** (näher s B.1.a)). Im GmbHG gilt übrigens gar keine Erwerbsgrenze.<sup>2</sup>

Die von § 65 Abs 2 Satz 2 AktG abweichende Formulierung der **Kapitalgrenze** in § 15 Abs 4 Satz 2 FlexKapGG zielt ausweislich der Erläuterungen zum ME nicht auf eine inhaltliche Abweichung, sondern ist nur eine Klarstellung (näher s B.1.b)).

Bemerkenswert ist, dass – abweichend von § 65 Abs 1 Z 4, 8 iVm Abs 1 a AktG – nach der Anordnung des § 15 Abs 2 FlexKapGG der **Beschluss über den Erwerb** eigener Anteile gem § 15 Abs 1 Z 4, 5 FlexKapGG oder über die **Ermächtigung** dazu (a) – mangels anderslautender Regelung im Gesellschaftsvertrag – einer **75%-Mehrheit** bedarf und (b) die **Personen, deren Anteile rückerworben werden sollen**, festlegen muss (näher s B.1.d)).

Für **jegliche Veräußerung** von eigenen Anteilen ist ein **Beschluss** oder **Ermächtigungsbeschluss** der Generalversammlung erforderlich (§ 15 Abs 3 FlexKapGG).

Anders als § 65 Abs 3 AktG normiert § 15 FlexKapGG **keine speziellen Berichtspflichten** iZm dem Erwerb, dem Halten und der Veräußerung eigener Anteile. Angesichts des **umfassenden Informationsrechts** eines GmbH-Gesellschafters, das auch für Gesellschafter einer FlexCo gilt, hielten die Gesetzesverfasser derartige Berichtspflichten offenbar für nicht erforderlich.

**B. Erlaubnistatbestände für den Erwerb eigener Anteile durch die FlexCo**

**1. Allgemeine Kriterien**

Bei **einzelnen** Erlaubnistatbeständen (näher s 2) sind gewisse (**starre**) **Grenzen** einzuhalten:

**a) Drittel-Erwerbsgrenze (§ 15 Abs 4 Satz 1 FlexKapGG)**

Die **Drittel-Erwerbsgrenze** bestimmt, dass der Erwerb eigener Anteile ggf nur dann erlaubt ist, wenn der **Hinzuerwerb** eigener Anteile – unter Berücksichtigung der bereits bei der FlexCo vorhandenen eigenen Anteile – nicht dazu führt, dass das Ausmaß der eigenen Anteile ein Drittel des Stammkapitals übersteigt (§ 15 Abs 4 Satz 1 FlexKapGG). Bei der Berechnung der Beteiligungsquote der eigenen Anteile am Stammkapital sind die der FlexCo wegen **Inpfandnahmen** und/oder über **Tochterunternehmen** oder **Treuhänder** zurechenbaren eigenen Anteile miteinzubeziehen (vgl § 17 Abs 1, § 18 Abs 1 Satz 3 FlexKapGG [der Verweis auf § 15 Abs 2 FlexKapGG ist mE ein Redaktionsversehen und müsste richtigerweise auf Abs 4 referenzieren]).<sup>3</sup> Für das Stammkapital als Berechnungsbasis ist **bedingtes Kapital** gem § 19 FlexKapGG erst ab Wirksamkeit der Kapitalerhöhung gem § 20 Abs 2 FlexKapGG und **genehmigtes Kapital** gem § 21 FlexKapGG erst ab Eintragung der Kapitalerhöhung ins Firmenbuch zu berücksichtigen.<sup>4</sup> Relevanter **Zeitpunkt** für die Einhaltung der Erwerbsgrenze ist nach hA der Abschluss des **Verpflichtungsgeschäfts** (vgl § 15 Abs 5 Satz 2 FlexKapGG).<sup>5</sup> Eine Heilung durch Abbau eigener Anteile oder Erhöhung des Stammkapitals bis spätestens zur Durchführung des **Verfügungsgeschäfts** ist mE aber möglich,<sup>6</sup> während das Überschreiten der Erwerbsgrenze nach wirksamem Abschluss des Verpflichtungsgeschäfts mE unschädlich ist.<sup>7</sup> Ist die Erwerbsgrenze zum Zeitpunkt der Beschlussfassung der

<sup>1</sup> Zum originären Erwerb eigener Anteile § 51 AktG.  
<sup>2</sup> H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG § 81 Rz 54; Auer in Gruber/Harrer, GmbHG § 81 Rz 31, 34, 39; Bauer/Zehetner in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 81 Rz 14, 37; Ebner/Köppel in Torggler, GmbHG § 81 Rz 7.  
<sup>3</sup> H. Foglar-Deinhardstein in Rastegar/Rastegar/Rastegar, FlexKapGG § 15 Rz 22 (in Druck). Vgl zum Aktienrecht Karollus in Artmann/Karollus, AktG<sup>6</sup> § 65 Rz 11, 74; Eckert/Schopper/U. Schmidt in Eckert/Schopper, AktG-ON<sup>1.00</sup> § 65 Rz 63 (Stand 1. 7. 2021, rdb.at); H. Foglar-Deinhardstein in Napokoj/Foglar-Deinhardstein/Pelinka, AktG § 65 Rz 7.  
<sup>4</sup> H. Foglar-Deinhardstein in Rastegar/Rastegar/Rastegar, FlexKapGG § 15 Rz 22 (in Druck). Vgl zum Aktienrecht OGH 26. 2. 1998, 6 Ob 200/97y; Eckert/Schopper/U. Schmidt in Eckert/Schopper, AktG-ON<sup>1.00</sup> § 65 Rz 63; Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>3</sup> § 65 Rz 108.  
<sup>5</sup> So zum Aktienrecht Eckert/Schopper/U. Schmidt in Eckert/Schopper, AktG-ON<sup>1.00</sup> § 65 Rz 64; Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>3</sup> § 65 Rz 109; ähnlich H. Foglar-Deinhardstein/Trettnak, Erwerb eigener Aktien bei der Barabfindung anlässlich der (grenzüberschreitenden) Verschmelzung, RWZ 2014, 7 (9). AA (Verfügungsgeschäft als maßgeblicher Zeitpunkt) Karollus in Artmann/Karollus, AktG<sup>6</sup> § 65 Rz 75.  
<sup>6</sup> H. Foglar-Deinhardstein in Rastegar/Rastegar/Rastegar, FlexKapGG § 15 Rz 22 (in Druck). AA zum Aktienrecht Eckert/Schopper/U. Schmidt in Eckert/Schopper, AktG-ON<sup>1.00</sup> § 65 Rz 64; Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>3</sup> § 65 Rz 109. Möglicherweise wie hier Karollus in Artmann/Karollus, AktG<sup>6</sup> § 65 Rz 75 FN 341.  
<sup>7</sup> H. Foglar-Deinhardstein in Rastegar/Rastegar/Rastegar, FlexKapGG § 15 Rz 22 (in Druck). Vgl zum Aktienrecht Eckert/Schopper/U. Schmidt in Eckert/Schopper, AktG-ON<sup>1.00</sup> § 65 Rz 64; Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>3</sup> § 65 Rz 109; ähnlich H. Foglar-Deinhardstein/Trettnak, RWZ 2014, 7 (9).

Gesellschafter oder des Abschlusses des Verpflichtungsgeschäfts noch nicht einhaltbar, kann der Beschluss bzw das Verpflichtungsgeschäft mE eine **aufschiebende Bedingung** enthalten, bei deren Eintritt dann das Verpflichtungsgeschäft geschlossen und umgesetzt werden darf, wobei im Licht von § 15 Abs 1 Z 5 FlexKapGG vorsichtsweise ein long stop date zum Ablauf einer Frist von 30 Monaten vorgesehen werden sollte.<sup>8</sup>

Die Drittel-Erwerbsgrenze ist nur beim Erlaubnistatbestand gem Z 5 (**zweckneutraler Erwerb**) zu beachten. Von der Drittel-Erwerbsgrenze zu unterscheiden ist die **Veräußerungspflicht** gem § 16 Abs 2 FlexKapGG bei **an sich zulässiger** Überschreitung der Drittel-Grenze, die erst bei Überschreiten der Hälfte des Stammkapitals eingreift (**50%-Bestandsgrenze**) (s noch C.2).

#### b) Kapitalgrenze (§ 15 Abs 4 Satz 2 FlexKapGG)

Die **Kapitalgrenze** soll ggf sicherstellen, dass die Gegenleistung für den Erwerb eigener Anteile nur **aus freien Mitteln** der Gesellschaft geleistet wird.<sup>9</sup> Der schwer verständliche Wortlaut des § 65 Abs 2 Satz 2 AktG wurde – nach Auskunft der Erläuterungen zum ME – zur Klarstellung durch eine einfachere Formulierung ersetzt. Gemeint ist mE unverändert, dass in der Bilanz das Nettoaktivvermögen zu Buchwerten (bilanzielles **Eigenkapital**) nach Umsetzung aller bilanzrechtlich gebotenen Maßnahmen – die im Ergebnis zu einer Reduktion des Eigenkapitals um die Anschaffungskosten für die eigenen Anteile (soweit sie deren Nennwert übersteigen) führen – immer noch zumindest die **Summe aus Nennkapital und gebundenen Rücklagen** decken muss.<sup>10</sup>

Relevanter **Zeitpunkt** für die Einhaltung der Kapitalgrenze ist grds der Abschluss des **Verpflichtungsgeschäfts** (vgl § 15 Abs 5 Satz 2 FlexKapGG).<sup>11</sup> Eine Heilung durch (wie sogleich gezeigt wird, hypothetischen) Aufbau ausreichender freier Mittel bis spätestens zur Durchführung des **Verfügungsgeschäfts** ist mE aber möglich.<sup>12</sup> Da der Zeitpunkt des an sich maßgeblichen Verpflichtungsgeschäfts idR nicht mit dem Bilanzstichtag der FlexCo zusammenfällt, ist von der **fiktiven (hypothetischen) Möglichkeit der Bildung der Rücklage und der Finanzierung des darüber hinausgehenden Erwerbspreises** aus dem freien Vermögen zum relevanten Zeitpunkt auszugehen, während eine Prognose, ob dies im nächsten Jahresabschluss möglich sein wird, nicht abzugeben ist.<sup>13</sup> Es kommt weiters nicht darauf an, ob die Rücklage dann tatsächlich im nächsten Jahresabschluss aus freiem Vermögen gebildet werden kann: Wenn die fiktive (hypothetische) Bildung der Rücklage und Finanzierung der darüber hinausgehenden Anschaffungskosten aus freien Mitteln zum Erwerbszeitpunkt möglich war, wird also der Erwerb nicht nachträglich dadurch unzulässig, dass zum nächsten Bilanzstichtag die Bildung der Rücklage und die Finanzierung des darüber hinausgehenden Erwerbspreises aus dem freien Vermögen doch nicht durchführbar ist.<sup>14</sup> Reichen die freien Mittel zum Bilanzstichtag nicht aus, sind die bilanzrechtlich notwendigen Maßnahmen dennoch zu setzen, was zu einem Bilanzverlust in entsprechender Höhe führt.<sup>15</sup> Ist die Kapitalgrenze zum Zeitpunkt der Beschlussfassung der Gesellschafter oder des Abschlusses des Verpflichtungsgeschäfts noch nicht einhaltbar, gelten die vorstehenden Überlegungen zur Einfügung einer **aufschiebenden Bedingung** sinngemäß (s oben a)).<sup>16</sup>

Die Kapitalgrenze ist nur bei den Erlaubnistatbeständen gem Z 3 (**Entschädigung von Minderheitsgesellschaftern**) [der Verweis auf Z 4 ist mE ein Redaktionsversehen und müsste richtiger-

weise auf Z 3 referenzieren<sup>17</sup>], Z 5 (**zweckneutraler Erwerb**) und Z 6 (**Erwerb von Unternehmenswert-Anteilen**) zu beachten.

#### c) Volleinzahlung (§ 15 Abs 4 Satz 3 FlexKapGG)

Das **Volleinzahlungsgebot** verlangt, dass ggf nur eigene Anteile erworben werden, auf die jeweils die gesamte Stammeinlage ordnungsgemäß geleistet ist. Die Volleinzahlung des gesamten Stammkapitals – also auch der nicht erwerbsgegenständlichen Anteile – ist mE nicht verlangt.<sup>18</sup>

Das Volleinzahlungsgebot ist nur bei den Erlaubnistatbeständen gem Z 1 (**unentgeltlicher Erwerb** oder **Erwerb im Exekutionsweg**), Z 3 (**Entschädigung von Minderheitsgesellschaftern**) und Z 5 (**zweckneutraler Erwerb**) zu beachten. Dass auch beim Erlaubnistatbestand gem Z 6 (**Erwerb von Unternehmenswert-Anteilen**) die Einlagen voll geleistet sein müssen, ergibt sich bereits aus § 9 Abs 2 Satz 1 FlexKapGG.

#### d) Beschluss der Generalversammlung (§ 15 Abs 2 FlexKapGG)

Der ggf erforderliche Beschluss oder Ermächtigungsbeschluss der Generalversammlung muss nach § 15 Abs 2 Satz 2 FlexKapGG folgende Parameter vorgeben:

- ▶ den Anteil der zu erwerbenden Anteile am Stammkapital, also das (mE maximale) Ausmaß der aufgrund des Beschlusses bzw der Ermächtigung erwerbenden Anteile (**Erwerbsgrenze**): wenn während der Geltungsdauer einer Ermächtigung bereits erworbene Anteile wieder veräußert werden, kann während der Laufzeit auch insgesamt mehr als das – im Fall eines Er-

<sup>8</sup> H. Foglar-Deinhardstein in Rastegar/Rastegar/Rastegar, FlexKapGG § 15 Rz 22 (in Druck).

<sup>9</sup> So zum Aktienrecht H. Foglar-Deinhardstein in Napokoj/Foglar-Deinhardstein/Pelinka, AktG § 65 Rz 9; G. Moser, Die Änderungen im Ausweis eigener Aktien nach dem RÄG 2014, eolex 2016, 793 (794).

<sup>10</sup> H. Foglar-Deinhardstein in Rastegar/Rastegar/Rastegar, FlexKapGG § 15 Rz 24 (in Druck). So auch zum Aktienrecht H. Foglar-Deinhardstein in Napokoj/Foglar-Deinhardstein/Pelinka, AktG § 65 Rz 9; Eckert/Schopper/U. Schmidt in Eckert/Schopper, AktG-ON<sup>1.00</sup> § 65 Rz 66; Kals in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>3</sup> § 65 Rz 116; vgl H. Foglar-Deinhardstein/Trettnak, RWZ 2014, 7 (8) mwN. So wohl auch Karollus, Die Kapitalgrenze für den Erwerb eigener Aktien gemäß § 65 Abs 2 Satz 2 AktG nach dem RÄG 2014, GES 2017, 184; Karollus in Artmann/Karollus, AktG<sup>6</sup> § 65 Rz 76/2, 77.

<sup>11</sup> So zum Aktienrecht Karollus in Artmann/Karollus, AktG<sup>6</sup> § 65 Rz 77/2; H. Foglar-Deinhardstein in Napokoj/Foglar-Deinhardstein/Pelinka, AktG § 65 Rz 31; Hügel, GesRZ 2011, 365; Eckert, Internationales Gesellschaftsrecht 611; H. Foglar-Deinhardstein/Trettnak, RWZ 2014, 7 (9).

<sup>12</sup> H. Foglar-Deinhardstein in Rastegar/Rastegar/Rastegar, FlexKapGG § 15 Rz 25 (in Druck).

<sup>13</sup> So zum Aktienrecht Karollus in Artmann/Karollus, AktG<sup>6</sup> § 65 Rz 77/2; H. Foglar-Deinhardstein in Napokoj/Foglar-Deinhardstein/Pelinka, AktG § 65 Rz 31; Eckert/Schopper/U. Schmidt in Eckert/Schopper, AktG-ON<sup>1.00</sup> § 65 Rz 66; H. Foglar-Deinhardstein/Trettnak, RWZ 2014, 7 (9). AA (Prognose auch erforderlich) Kals in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>3</sup> § 65 Rz 116, 118.

<sup>14</sup> So zum Aktienrecht Karollus in Artmann/Karollus, AktG<sup>6</sup> § 65 Rz 77/2; H. Foglar-Deinhardstein/Trettnak, RWZ 2014, 7 (9); Kals in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>3</sup> § 65 Rz 118.

<sup>15</sup> So zum Aktienrecht Kals in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>3</sup> § 65 Rz 118; H. Foglar-Deinhardstein/Trettnak, RWZ 2014, 7 (9).

<sup>16</sup> H. Foglar-Deinhardstein in Rastegar/Rastegar/Rastegar, FlexKapGG § 15 Rz 25 (in Druck).

<sup>17</sup> G. Eckert, Stellungnahme zum ME GesRÄG 2023 (63/SN-276/ME); H. Foglar-Deinhardstein in Rastegar/Rastegar/Rastegar, FlexKapGG § 15 Rz 26 (in Druck).

<sup>18</sup> H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG § 81 Rz 15, 29; Auer in Gruber/Harrer, GmbHG<sup>2</sup> § 81 Rz 30, 34; Kals/Eckert, Änderungen im Aktien- und GmbH-Recht durch das GesRÄG 2007, GesRZ 2007, 222 (223f); Ebner/Köppel in Torggler, GmbHG § 81 Rz 7; H. Foglar-Deinhardstein in Napokoj/Foglar-Deinhardstein/Pelinka, AktG § 65 Rz 11; Eckert/Schopper/U. Schmidt in Eckert/Schopper, AktG-ON<sup>1.00</sup> § 65 Rz 67; wohl auch Karollus in Artmann/Karollus, AktG<sup>6</sup> § 65 Rz 78; aA Koppensteiner/Rüffler, GmbHG<sup>3</sup> § 81 Rz 8; Bauer/Zehetner in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 81 Rz 43.

werbs gem § 15 Abs 1 Z 5 iVm Abs 4 Satz 1 FlexKapGG maßgebliche – **Drittel** des Stammkapitals erworben werden;<sup>19</sup>

- ▶ die **Personen**, deren Anteile rückerworben werden sollen (näher s. sogleich);
- ▶ den **Rückerwerbspreis** oder die Grundlagen seiner **Berechnung**: eine fixe betragsmäßige Angabe ist daher nicht notwendig; es genügt auch die Koppelung an eine **Berechnungsformel** oder eine **Bandbreite**;<sup>20</sup> die Gegenleistung für den Rückerwerb muss mE **nicht zwingend in Geld** bestehen – diesfalls müssen die Angaben zur Bewertung der Gegenleistung zumindest eine Plausibilisierung und eine informierte Entscheidung ermöglichen;<sup>21</sup>
- ▶ ggf die **Geltungsdauer** der Ermächtigung: Maximal ist eine Geltungsdauer von **30 Monaten** zulässig, wobei die Ermächtigung aber erneuert oder **verlängert** werden kann. Die Geltungsdauer bezieht sich auf den Erwerb der Anteile; die Weiterverwendung der Anteile ist unbefristet zulässig, sofern die Generalversammlung nichts Anderes festlegt.<sup>22</sup>

Gem § 39 Abs 4 GmbHG greift bei Rechtsgeschäften zwischen FlexCo und Gesellschaftern ein **Stimmverbot** für die involvierten Gesellschafter ein. Vor diesem Hintergrund gehört die **Benennung der Personen**, von denen die Anteile rückerworben werden sollen, zu den Mindestinhalten des Beschlusses. Dies hat ausweislich der Erläuterungen zum ME den Sinn, dass identifizierbar sein soll, welche Gesellschafter bei der Beschlussfassung vom Stimmverbot betroffen sind. Angesichts dieses telos ist – insb bei einem Ermächtigungsbeschluss – mE **keine individuelle Benennung** der Personen erforderlich, sondern es genügt deren **Bestimmbarkeit**<sup>23</sup> (zB Bezugnahme auf alle Gesellschafter, die ihre Anteile ausschließlich nach dem Datum X bis spätestens zum Datum Y erworben haben). Werden im Beschluss überhaupt alle Gesellschafter als mögliche Veräußerer benannt, fällt nach allgemeinen Regeln – wegen **gleichmäßiger Betroffenheit** aller Gesellschafter – das Stimmverbot gem § 39 Abs 4 GmbHG weg.<sup>24</sup> Übersteigt das Beteiligungsausmaß der im Beschluss (individuell und/oder bestimmbar) benannten Personen das im Beschluss vorgegebene (maximale) Ausmaß der rückzuerwerbenden Anteile, hat die Geschäftsführung mE mit der gebotenen Sorgfalt und unter Wahrung der **Gleichbehandlung** aller (im Beschluss benannten) Gesellschafter zu entscheiden, von welchen durch den Beschluss qualifizierten Personen die FlexCo wie viele Anteile erwirbt. IdR wird – nach den Umständen des Einzelfalls – ein quotall gekürzter Erwerb von allen benannten Personen das Erfordernis der Gleichbehandlung erfüllen.<sup>25</sup>

### Beim Gesellschafterbeschluss über den Erwerb eigener Anteile ist keine individuelle Benennung der Veräußerer erforderlich, sondern es genügt deren Bestimmbarkeit.

Das Beschlusserfordernis ist grds nur bei den Erlaubnistatbeständen gem Z 4 (**Erwerb zur Anteilseinziehung**) und Z 5 (**zweckneutraler Erwerb**) zu beachten.

§ 15 Abs 2 Satz 3f FlexKapGG ordnet an, dass – falls die Generalversammlung die Geschäftsführung zum Rückerwerb eigener Anteile **ermächtigt** – die Geschäftsführung **vor Durchführung** des Rückerwerbs die Gesellschafter über die **Bedingungen** des Rückerwerbs **schriftlich zu informieren** hat. Die Information hat „vor der Durchführung“ der Ermächtigung zu erfolgen. Für die **Frist** ist eine Festlegung im Ermächtigungsbeschluss ratsam. Ansonsten kann sich die Geschäftsführung mE an der Frist

gem § 38 Abs 1 GmbHG oder einer allenfalls abweichenden Regelung im Gesellschaftsvertrag orientieren.<sup>26</sup>

## 2. Ausgewählte Fragen zu den Erlaubnistatbeständen a) Überblick

Gem § 15 Abs 1 FlexKapGG darf die FlexCo nur in folgenden Fällen eigene Anteile erwerben:

1. unentgeltlich oder im Exekutionswege zur Hereinbringung eigener Forderungen der Gesellschaft;
2. durch Gesamtrechtsnachfolge;
3. zur Entschädigung von Minderheitsgesellschafterinnen, soweit dies gesetzlich vorgesehen ist;
4. auf Grund eines Beschlusses der Generalversammlung zur Einziehung nach den Vorschriften über die Herabsetzung des Stammkapitals;
5. auf Grund eines Beschlusses der Generalversammlung oder einer höchstens 30 Monate geltenden Ermächtigung der Generalversammlung. Die Generalversammlung kann die Geschäftsführung auch ermächtigen, die eigenen Anteile ohne weiteren Generalversammlungsbeschluss einzuziehen;
6. im Fall von Unternehmenswert-Anteilen iSd § 9 FlexKapGG.

### b) Zweckneutraler Erwerb aufgrund eines Gesellschafterbeschlusses oder einer Ermächtigung durch Gesellschafterbeschluss (§ 15 Abs 1 Z 5 FlexKapGG)

Gem § 15 Abs 1 Z 5 FlexKapGG darf eine FlexCo eigene Anteile auch auf Basis eines **zweckneutralen Beschlusses der Generalversammlung** oder einer höchstens 30 Monate geltenden **zweckneutralen Ermächtigung durch die Generalversammlung** erwerben. Die Unterscheidung zwischen Beschluss und Ermächtigungsbeschluss gibt es in der Vorbildregelung des § 65 Abs 1 Z 8 AktG nicht.

Die Erläuterungen zum ME betonen, dass durch den Erlaubnistatbestand des § 15 Abs 1 Z 5 FlexKapGG insb auch die Möglichkeit des Erwerbs eigener Anteile für die **Mitarbeiterbeteiligung** abgedeckt wird. Weitere praktische Einsatzmöglichkeiten sind<sup>27</sup> der Erwerb von Anteilen auf Grundlage von **Austritts- und Ausschlussrechten** bzw von **Aufgriffsrechten oder -pflichten** oder die Beschaffung von Anteilen zB zur Bedienung von **Anteilsoptionen** oder von **Rechten von Gläubigern von Finanzierungs-**

<sup>19</sup> So zum Aktienrecht *Karollus* in *Artmann/Karollus*, AktG<sup>6</sup> § 65 Rz 31/2; *H. Foglar-Deinhardstein* in *Napokoj/Foglar-Deinhardstein/Pelinka*, AktG § 65 Rz 25.

<sup>20</sup> *H. Foglar-Deinhardstein* in *Rastegar/Rastegar/Rastegar*, FlexKapGG § 15 Rz 30 (in Druck). So ähnlich zum Aktienrecht *Karollus* in *Artmann/Karollus*, AktG<sup>6</sup> § 65 Rz 31/3; *H. Foglar-Deinhardstein* in *Napokoj/Foglar-Deinhardstein/Pelinka*, AktG § 65 Rz 25; *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>3</sup> § 65 Rz 55, 70.

<sup>21</sup> *H. Foglar-Deinhardstein* in *Rastegar/Rastegar/Rastegar*, FlexKapGG § 15 Rz 30 (in Druck).

<sup>22</sup> *H. Foglar-Deinhardstein* in *Rastegar/Rastegar/Rastegar*, FlexKapGG § 15 Rz 30 (in Druck). Vgl zum Aktienrecht *Karollus* in *Artmann/Karollus*, AktG<sup>6</sup> § 65 Rz 31/1; *H. Foglar-Deinhardstein* in *Napokoj/Foglar-Deinhardstein/Pelinka*, AktG § 65 Rz 25.

<sup>23</sup> *H. Foglar-Deinhardstein* in *Rastegar/Rastegar/Rastegar*, FlexKapGG § 15 Rz 31 (in Druck). Ähnlich *G. Eckert*, Stellungnahme zum ME GesRÄG 2023 (63/SN-276/ME).

<sup>24</sup> *H. Foglar-Deinhardstein* in *Rastegar/Rastegar/Rastegar*, FlexKapGG § 15 Rz 31 (in Druck). Vgl allg R. *Winkler* in *FAH, GmbHG* § 39 Rz 57 mwN.

<sup>25</sup> *H. Foglar-Deinhardstein* in *Rastegar/Rastegar/Rastegar*, FlexKapGG § 15 Rz 31 (in Druck).

<sup>26</sup> *H. Foglar-Deinhardstein* in *Rastegar/Rastegar/Rastegar*, FlexKapGG § 15 Rz 40 (in Druck). De lege ferenda für eine Frist von zB zwei Wochen, die den Gesellschaftern ausreichend Zeit für die Einberufung einer Generalversammlung lässt, *G. Eckert*, Stellungnahme zum ME GesRÄG 2023 (63/SN-276/ME).

<sup>27</sup> *H. Foglar-Deinhardstein* in *Rastegar/Rastegar/Rastegar*, FlexKapGG § 15 Rz 74 (in Druck).

instrumenten gem § 22 FlexKapGG, zur Vorbereitung einer **Anteilseinziehung** gem § 23 FlexKapGG, zur Vorbereitung von **Unternehmenserwerben, Umgründungen** oder **Debt-equity-swaps** – somit zur Beschaffung von eigenen Anteilen als **Akquisitionswährung (Transaktionswährung, Tauschwährung)** (dh der Veräußerer des zu erwerbenden Unternehmens, die Anteilseigner der übertragenden Gesellschaft bei der Verschmelzung bzw der Inferent einer Forderung erhalten als Entgelt eine Beteiligung an der erwerbenden bzw übernehmenden FlexCo)<sup>28</sup> – oder zur **Abwehr** des geplanten Anteilserwerbs durch einen **unerwünschten Erwerbsinteressenten**.

Für die Durchführung derartiger Erwerbsmaßnahmen gem Abs 1 Z 5 benötigt die **Geschäftsführung** vorab einen entsprechenden Beschluss oder Ermächtigungsbeschluss (§ 15 Abs 1 Z 5 FlexKapGG) der **Generalversammlung** (s schon 1.d)). Eine Zustimmungskompetenz des **Aufsichtsrats** kann sich gem § 30j Abs 5 letzter Satz GmbHG oder durch den Ermächtigungsbeschluss der Generalversammlung ergeben.<sup>29</sup> Einen **Beschluss der Generalversammlung zum Erwerb** muss die Geschäftsführung mE umsetzen; einen **Beschluss der Generalversammlung über die Ermächtigung zum Erwerb** kann die Geschäftsführung als mit der gebotenen Sorgfalt zu treffende **unternehmerische Entscheidung** ausnutzen,<sup>30</sup> sofern sie nicht durch **Weisungsbeschluss** der Generalversammlung zur Durchführung angewiesen wird. Beim Erwerb der Anteile sind aber jeweils die Grenzen der Übertragungsfreiheit durch zwingendes Recht (zB durch Sanktionenrecht)<sup>31</sup> zu beachten.

### c) Erwerb von Unternehmenswert-Anteilen (§ 15 Abs 1 Z 6 FlexKapGG)

Die FlexCo darf gem § 15 Abs 1 Z 6 FlexKapGG **zweckneutral** eigene **Unternehmenswert-Anteile** iSd § 9 FlexKapGG erwerben. Die Erläuterungen zum ME nennen als mögliche praktische Gründe für einen solchen Erwerb, dass (a) **ausscheidende Mitarbeiter ein vertragliches Recht des Rückverkaufs** an die Gesellschaft (eine **Put-Option**) ausüben, das ihnen eingeräumt worden ist, oder dass (b) die Gesellschaft **Unternehmenswert-Anteile für eine spätere Übertragung an Mitarbeiter** vorrätig halten will. Weitere Anlässe können (a) die **Ziehung von vertraglichen Rückverkaufspflichten (Call-Optionen)**, die **ausscheidende Mitarbeiter** treffen, durch die FlexCo oder (b) die **Vorbereitung einer Umwandlung der FlexCo in eine GmbH oder eine AG** sein. Zu denken ist ferner an Erwerbe zur Vorbereitung einer **Anteilseinziehung** gem § 23 FlexKapGG oder zur Beschaffung von Unternehmenswert-Anteilen als **Akquisitionswährung** (näher s schon b)).<sup>32</sup>

Für den Erwerb eigener Unternehmenswert-Anteile ist grds **kein Gesellschafterbeschluss** erforderlich. Eine Zustimmungskompetenz des **Aufsichtsrats** kann sich gem § 30j Abs 5 letzter Satz GmbHG oder durch einen Beschluss der Generalversammlung ergeben.<sup>33</sup> ME bleibt das **gesetzliche Mitverkaufsrecht** der Unternehmenswert-Beteiligten gem § 10 FlexKapGG grds erhalten, wenn die FlexCo einen Unternehmenswert-Anteil erwirbt.<sup>34</sup>

## C. Wechselseitige und ringförmige Beteiligungen

### 1. Die Rückbeteiligung – ein immer noch rätselhaftes Phänomen

Während in Deutschland die **Einheits-GmbH & Co KG** – bei der die Komplementär-GmbH eine 100%-Tochter der KG ist – längst zum rechtspraktischen Standardrepertoire gehört, gelten in Österreich **wechselseitige und ringförmige Beteiligungen** weiterhin als Kuriosum, deren Legalität immer wieder in Zweifel ge-

zogen wird. Prominentestes Beispiel einer **Rückbeteiligungs-Struktur** in Österreich ist die **3 Banken Gruppe**, bestehend aus **BTV, Oberbank** und **BKS Bank**, wobei jede dieser drei Regionalbanken Anteile an den jeweils beiden anderen hält.<sup>35</sup> Jüngst wurde der OGH zu 6 Ob 178/22b mit der Frage befasst, ob und wie in einer solchen Konstellation Kapitalerhöhungen zulässig sind, und hat dies zum Anlass genommen, richtungsweisende Klarstellungen zu Rückbeteiligungen vorzunehmen. Die E kann mE auch für die GmbH und die FlexCo herangezogen werden und ist daher nachstehend bereits berücksichtigt.

## Die Legalität von wechselseitigen oder ringförmigen Beteiligungen wird zu Unrecht in Österreich immer noch in Zweifel gezogen.

### 2. Charakterisierung

Eine **wechselseitige Beteiligung** besteht, wenn Rechtsträger A an Rechtsträger B beteiligt ist, wobei B wiederum eine Beteiligung an A hält. Mit **Ringbeteiligung** ist gemeint, dass zwar keine direkte Rückbeteiligung zwischen A und B besteht, aber B eine Beteiligung an C hält, und C wiederum an A beteiligt ist.

Potentiell problematisch seien derartige Konstellationen, weil sie – mangels „echter“ Gesellschafter – (a) zu einer (nach traditioneller Sicht verpönten, mE freilich unproblematischen<sup>36</sup>) **Verwaltungsherrschaft** (die FlexCo als willenloses Werkzeug ihrer Organe) sowie (b) – da die von den direkten/indirekten Rückbeteiligungen betroffenen Kapitalanteile (im Ausmaß des Produkts der Beteiligungsquoten) kein reales Vermögen bilden – zur **Kapitalverwässerung** führen könnten.<sup>37</sup>

<sup>28</sup> H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG § 81 Rz 60. Vgl zum Aktienrecht Kals in Doralt/Nowotny/Kals, AktG<sup>3</sup> § 65 Rz 5; H. Foglar-Deinhardstein in Napokoj/Foglar-Deinhardstein/Pelinka, AktG § 65 Rz 65; Kapsch/Zollner, SWK 2006, W 25; H. Foglar-Deinhardstein, Besprechung zu OGH 6 Ob 56/20h, GesRZ 2020, 362 (363); Übk 31. 10. 2017, 2017/2/1–22, HTI AG.

<sup>29</sup> So zum Aktienrecht Karollus in Artmann/Karollus, AktG<sup>6</sup> § 65 Rz 54; H. Foglar-Deinhardstein in Napokoj/Foglar-Deinhardstein/Pelinka, AktG § 65 Rz 41.

<sup>30</sup> So zum Aktienrecht OGH 23. 4. 2020, 6 Ob 56/20h GesRZ 2020, 356 (H. Foglar-Deinhardstein) = ZFR 2020, 512 (Gassner); H. Foglar-Deinhardstein in Napokoj/Foglar-Deinhardstein/Pelinka, AktG § 65 Rz 41.

<sup>31</sup> Allg zu solchen Grenzen der Übertragungsfreiheit im zwingenden Recht H. Foglar-Deinhardstein/Feldscher in Adensamer/Mitterecker, HB Gesellschafterstreit Rz 11/18 ff.

<sup>32</sup> H. Foglar-Deinhardstein in Rastegar/Rastegar/Rastegar, FlexKapGG § 15 Rz 79 (in Druck).

<sup>33</sup> So zum Aktienrecht Karollus in Artmann/Karollus, AktG<sup>6</sup> § 65 Rz 54; H. Foglar-Deinhardstein in Napokoj/Foglar-Deinhardstein/Pelinka, AktG § 65 Rz 41.

<sup>34</sup> H. Foglar-Deinhardstein in Rastegar/Rastegar/Rastegar, FlexKapGG § 15 Rz 82, 109 (in Druck).

<sup>35</sup> Diese bollwerkartige Struktur wurde – wie mir Herr Univ.-Prof. Dr. Peter Doralt LL.M. freundlicherweise mündlich bestätigt hat – in den 1950er-Jahren von Walther Kastner entwickelt. Ziel war es, die Regionalbanken vor einem Zugriff der sowjetischen Besatzungsmacht im Wege der Beschlagnahme der Aktien an der damaligen gemeinsamen Muttergesellschaft *Creditanstalt* als „deutschem Eigentum“ zu schützen. Vgl Hodoschek, Erbitterter Kampf um die „Jogl-Banken“, KURIER 26. 8. 2023. Für die Zulässigkeit von wechselseitigen Beteiligungen Kastner/P. Doralt/Ch. Nowotny, Gesellschaftsrecht<sup>5</sup> (1990) 34.

<sup>36</sup> H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG § 81 Rz 9. So auch OLG Innsbruck 22. 4. 2020, 3 R 10/20z GesRZ 2020, 279 (Eckert): „Zudem zeigen die Bestimmungen betreffend die Übertragung satzungsmäßig vinkulierter Namensaktien und gesellschaftsvertraglich an die Zustimmung der Gesellschaft gebundener Geschäftsanteile iSv § 62 Abs 2 bis 4 AktG bzw § 76 Abs 2 Satz 3 und 4 und § 77 GmbHG, dass dem Kapitalgesellschaftsrecht die Einwirkung der Gesellschaft auf die Zusammensetzung ihres Gesellschafterkreises durch- aus bekannt und keineswegs fremd ist.“

<sup>37</sup> Vgl Auer in Gruber/Harrer, GmbHG § 81 Rz 14; Bauer/Zehetner in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 81 Rz 21; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG<sup>3</sup> § 81 Rz 14; Karollus, Wider die Mehrleistungstheorie für Kapitalerhöhungen bei wechselseitiger Beteiligung! GesRZ 2020, 169 (173); Rüffler/Cahn, Kapitalaufbringung bei wechselseitigen Beteiligungen, GesRZ 2020, 242; Mock, Gläubiger- und Minderheitenschutz im Ringbeteiligungskonzern, wbl 2021, 678 (680 ff).

### 3. Zur Frage der Zulässigkeit

ME sind wechselseitige und ringförmige Beteiligungen weder schlechthin zulässig noch schlechthin unzulässig;<sup>38</sup> entscheidend sind vielmehr die Umstände des Einzelfalls:

Soweit eine FlexCo direkt oder durch ein Tochterunternehmen nach den Regeln der §§ 15 ff FlexKapGG **derivativ** eigene Anteile erwerben darf, muss auch die daraus resultierende wechselseitige oder Ring-Beteiligung aus Sicht der FlexCo zulässig sein.<sup>39</sup> § 15 FlexKapGG darf nicht dadurch umgangen werden, dass die FlexCo im Widerspruch zu den Vorgaben von § 15 FlexKapGG eigene Anteile über ein Tochterunternehmen (gem § 189a Z 7 UGB) erwirbt (§ 18 FlexKapGG). Hingegen darf eine FlexCo **als Untergesellschaft** mE grds zulässigerweise **Anteile an ihrer Obergesellschaft** erwerben.<sup>40</sup> Ist die Obergesellschaft freilich eine FlexCo, GmbH, AG oder SE, sind aus Sicht der Obergesellschaft wiederum § 66 AktG (analog) bzw § 18 FlexKapGG zu beachten, die den (derivativen) Erwerb eigener Anteile durch Tochterunternehmen regeln.

Zulässig ist mE auch der Erwerb eigener Anteile über ein Tochterunternehmen, das nicht die Definition des § 189a Z 7 UGB erfüllt.<sup>41</sup> Eine mit einem Dritten gemeinsam beherrschte Gesellschaft gilt nicht als Tochterunternehmen iSv § 66 AktG (analog) bzw § 18 FlexKapGG iVm § 189a Z 7 UGB.<sup>42</sup>

Gem § 16 Abs 2 FlexKapGG (**50%-Bestandsgrenze**, **Behaltverbot**) sind Anteile, die zwar zulässigerweise erworben worden

sind, aber 50% des Stammkapitals übersteigen, **innerhalb von drei Jahren** nach dem Erwerb zu veräußern. Anteile, die die 50%-Behaltgrenze nicht überschreiten, dürfen die FlexCo und ihre Tochterunternehmen grds behalten.<sup>43</sup>

Der OGH hat in der oben genannten E zum Aktienrecht anerkannt, dass eine (Rück- oder Ring-)Beteiligung außerhalb des Verhältnisses einer Mutter-Kapitalgesellschaft zu einem Tochterunternehmen iSv § 66 AktG iVm § 189a Z 7 UGB zulässig ist, zumindest soweit eine durchgerechnete (un-)mittelbare Selbstbeteiligung von 10% nicht überschritten werde.<sup>44</sup> ME ist freilich auch eine durchgerechnete Selbstbeteiligung von 10% rechtfertigbar, sofern sie in gesetzlich erlaubtem Rahmen erworben wurde und gehalten wird.<sup>45</sup>

### 4. Zur Ablehnung der These von Mehrleistung oder Minderzuteilung durch den OGH

Für eine Konstellation, in der eine **Kapitalerhöhung** bei einer Gesellschaft durchgeführt werden soll, an der eine zulässige Rückbeteiligung (wechselseitige und/oder ringförmige Beteiligung) besteht, wurde von gewichtigen Literaturstimmen die **These von erforderlicher Mehrleistung oder Minderzuteilung** vorgetragen. Nach dieser Meinung sei es erforderlich, für jene Anteilsübernehmerin, an der die kapitalerhöhende Gesellschaft rückbeteiligt ist, in Relation zu den übrigen Anteilsübernehmern entweder eine geringere Zuteilung (Minderzuteilung) oder einen höheren Ausgabebetrag (Mehrleistung) festzulegen.<sup>46</sup> Dieser Ansicht ist – wie der OGH kürzlich in der oben genannten E ausgesprochen hat – nicht zu folgen.<sup>47</sup> Das liegt schon daran, dass bei der kapitalerhöhenden Gesellschaft ja die Einlage tatsächlich zufließen muss,<sup>48</sup> während bei der Anteilsübernehmerin das abfließende Vermögen ohnedies durch eine wertentsprechende Beteiligung an der kapitalerhöhenden Gesellschaft substituiert wird. Die einhergehende Kapitalverwässerung als behauptetes Problem kann mE weder durch Minderzuteilung noch durch Mehrleistung effektiv ausgeglichen werden, ebenso wenig wie die Löcher in einem Käse durch Herausschneiden verkleinert werden können. Das diskutierte Phänomen ist schlicht dem **Pyramiden- oder Teleskopeffekt**<sup>49</sup> geschuldet, der freilich der Anerkennung der Kapitalgesellschaft durch die Rechtsordnung zwingend – und auch ohne Rückbeteiligung – immanent ist.<sup>50</sup> Einer Weiterverwendung des bei der Kapitalerhöhung eingebrachten Kapitals durch die kapitalerhöhende

<sup>38</sup> Nachw zu diesen beiden Extrempositionen in der L bei Ch. Nowotny in *Kalss/Nowotny/Schauer*, GesRZ Rz 4/436. Vgl OGH 28. 6. 2023, 6 Ob 178/22b: „[...] wechselseitige Beteiligungen [sind] nicht grundsätzlich verboten [...]“.

<sup>39</sup> H. Foglar-Deinhardstein in *Rastegar/Rastegar/Rastegar*, FlexKapGG § 15 Rz 122 (in Druck); Auer in *Gruber/Harrer*, GmbHG<sup>2</sup> § 81 Rz 15; Ebner/Köppel in *Torggler*, GmbHG § 81 Rz 3; H. Foglar-Deinhardstein in *Napokoj/Foglar-Deinhardstein/Pelinka*, AktG § 65 Rz 63; Karollus in *Artmann/Karollus*, AktG<sup>6</sup> § 66 Rz 26ff; Kalss in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>3</sup> § 66 Rz 28ff; H. Foglar-Deinhardstein in *FAH*, GmbHG § 81 Rz 53. Vgl OGH 28. 6. 2023, 6 Ob 178/22b; OLG Innsbruck 22. 4. 2020, 3 R 10/20z GesRZ 2020, 279 (Eckert); *Eckert/Schopper* in *Eckert/Schopper*, AktG-ON<sup>1.00</sup> § 51 Rz 28 (Stand 1. 7. 2021, rdb.at); *Eckert/Schopper/U. Schmidt* in *Eckert/Schopper*, AktG-ON<sup>1.00</sup> § 66 Rz 31f (Stand 1. 7. 2021, rdb.at).

<sup>40</sup> Vorausgesetzt, die Beteiligung an der Untergesellschaft stellt nicht das einzige Vermögen der Obergesellschaft dar; vgl H. Foglar-Deinhardstein in *Rastegar/Rastegar/Rastegar*, FlexKapGG § 15 Rz 122 (in Druck); (zum Aktienrecht) OGH 28. 6. 2023, 6 Ob 178/22b; Karollus in *Artmann/Karollus*, AktG<sup>6</sup> § 65 Rz 6/1, § 66 Rz 4, 8/1; Kalss in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>3</sup> § 65 Rz 14; *Eckert/Schopper/U. Schmidt* in *Eckert/Schopper*, AktG-ON<sup>1.00</sup> § 65 Rz 5, § 66 Rz 4, 6; H. Foglar-Deinhardstein in *Napokoj/Foglar-Deinhardstein/Pelinka*, AktG § 66 Rz 2f. **AA** zum GmbH-Recht Auer (in *Gruber/Harrer*, GmbHG<sup>2</sup> § 81 Rz 17), nach dem offenbar auch für den Erwerb an einer Obergesellschaft aus Sicht der Tochter-GmbH jedenfalls § 81 GmbHG gilt. Dies überspannt jedoch mE den Wortlaut von § 66 AktG (s auch § 66a AktG e contrario).

<sup>41</sup> H. Foglar-Deinhardstein in *Rastegar/Rastegar/Rastegar*, FlexKapGG § 15 Rz 122 (in Druck). So auch zum GmbH-Recht H. Foglar-Deinhardstein in *FAH*, GmbHG § 81 Rz 53. Ebenso zum Aktienrecht OLG Innsbruck 22. 4. 2020, 3 R 10/20z GesRZ 2020, 279 (Eckert); Karollus in *Artmann/Karollus*, AktG<sup>6</sup> § 66 Rz 7, Rz 27; H. Foglar-Deinhardstein in *Napokoj/Foglar-Deinhardstein/Pelinka*, AktG § 66 Rz 2; *Eckert/Schopper*, Kapitalaufbringung bei wechselseitigen Beteiligungen, GesRZ 2020, 381 (381, 393f); *Eckert/Schopper* in *Eckert/Schopper*, AktG-ON<sup>1.00</sup> § 51 Rz 9; *Eckert/Schopper/U. Schmidt* in *Eckert/Schopper*, AktG-ON<sup>1.00</sup> § 66 Rz 31; Karollus, GesRZ 2020, 169 (169, 172f, 175, 177); Artmann, Der Erwerb eigener Anteile durch gemeinsam beherrschte Unternehmen, wbl 2021, 61; ähnlich Bauer/Zehetner in *Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG § 81 Rz 25ff; OGH 28. 6. 2023, 6 Ob 178/22b; aA Mock, wbl 2021, 678 (684ff); (Unzulässigkeit jeder Rückbeteiligung) Koppensteiner/Rüffler, GmbHG<sup>3</sup> § 81 Rz 16; diese A aber aufgebend Koppensteiner, Zum Umtauschverhältnis bei der Konzentrationsverschmelzung, in FS Hügel 217 (222); Koppensteiner, Eigene Anteile und wechselseitige Beteiligungen im Aktienrecht, GES 2020, 227 (237, 240).

<sup>42</sup> OGH 28. 6. 2023, 6 Ob 178/22b; OLG Innsbruck 22. 4. 2020, 3 R 10/20z GesRZ 2020, 279 (Eckert); Artmann, wbl 2021, 61; H. Hayden/U. Torggler, Erstreckung des Verbots des Erwerbs eigener Anteile (§ 51 Abs 2 und § 66 AktG) auf „Gemeinschaftsunternehmen“, GesRZ 2022, 58; aA Koppensteiner, Gemeinschaftsunternehmen im Normenvergleich, wbl 2020, 241 (245ff); Koppensteiner, GES 2020, 227 (232ff, 239); Mock, wbl 2021, 678 (684ff).

<sup>43</sup> H. Foglar-Deinhardstein in *FAH*, GmbHG § 81 Rz 54; Bauer/Zehetner in *Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG § 81 Rz 36, 54; H. Foglar-Deinhardstein in *Napokoj/Foglar-Deinhardstein/Pelinka*, AktG § 65 a Rz 6; vgl OGH 23. 4. 2020, 6 Ob 56/20h GesRZ 2020, 356 (H. Foglar-Deinhardstein) = ZFR 2020, 512 (Gassner).

<sup>44</sup> OGH 28. 6. 2023, 6 Ob 178/22b.

<sup>45</sup> H. Foglar-Deinhardstein in *Rastegar/Rastegar/Rastegar*, FlexKapGG § 15 Rz 123 (in Druck).

<sup>46</sup> Zum Aktienrecht Rüffler/Cahn, GesRZ 2020, 242; Koppensteiner, GES 2020, 227 (300); Mock, Gläubiger- und Aktionärsschutz bei der Festsetzung von Ausgabebeträgen bei wechselseitigen Beteiligungen, GES 2021, 5; Mock, wbl 2021, 678 (680ff, 686ff); Mock, Der Ausgabebetrag bei wechselseitigen Beteiligungen – eine Rechtsfrage! RWZ 2022, 187; Rüffler/Vanas, Zur Berechnung des Ausgabekurses bei Kapitalerhöhungen in wechselseitigen Beteiligungen, GES 2022, 335; Cahn, Wechselseitige Beteiligungen – komplizierte Details, einfache Grundfragen, ecolex 2023, 217. Offen noch OGH 25. 11. 2020, 6 Ob 93/20z GesRZ 2021, 185 (Potyka).

<sup>47</sup> Zum Aktienrecht OGH 28. 6. 2023, 6 Ob 178/22b. Ebenso schon OLG Innsbruck 22. 4. 2020, 3 R 10/20z GesRZ 2020, 279 (Eckert); Karollus, GesRZ 2020, 169; *Eckert/Schopper*, GesRZ 2020, 381; J. Koch, AktG<sup>17</sup> § 54 Rz 5a; *Eckert/Schopper* in *Eckert/Schopper*, AktG-ON<sup>1.00</sup> § 51 Rz 28; Aschauer/Eckert, Zur Festlegung des Ausgabekurses bei wechselseitigen Beteiligungen, RWZ 2022, 127 und Replik zu Mock, RWZ 2022/31, RWZ 2022, 276.

<sup>48</sup> Zum Aktienrecht OGH 28. 6. 2023, 6 Ob 178/22b.

<sup>49</sup> Vgl Artmann in *Artmann/Rüffler/Torggler*, GmbH & Co KG 83 (88) mwN.

<sup>50</sup> Vgl Rohregger in *Lewis*, JB Wirtschaftsstrafrecht 2014, 41 (44ff).

Gesellschaft für eine nachfolgende Kapitalerhöhung bei der Anteilsübernehmerin setzen ohnedies die allg Kapitalaufbringungsregeln – insb das **Verbot der verdeckten Sacheinlage** – Grenzen.<sup>51</sup>

### Die (vom OGH abgelehnte) Mehrleistungsthese kann das behauptete Problem nicht effektiv lösen. Der Pyramiden- oder Teleskopeffekt ist dem Kapitalgesellschaftsrecht immanent.

#### 5. Die Einheits-FlexCo & Co KG

Eine FlexCo & Co KG, deren Komplementär-FlexCo zu 100% im Eigentum der KG steht, kann als **Einheits-FlexCo & Co KG (Einheitsgesellschaft)** bezeichnet werden. Durch diese Konstruktion wird der Gesellschafterwechsel gegenüber der gewöhnlichen FlexCo & Co KG erleichtert, weil die Übertragung der Kommanditanteile zur Umsetzung genügt.

Der OGH hat die Zulässigkeit der Einheitsgesellschaft zumindest für den Fall einer deutschen Kommanditgesellschaft mit österreich Komplementär-GmbH **bejaht**.<sup>52</sup> Auch für rein innerösterreich Sachverhalte ist die Zulässigkeit einer Einheitsgesellschaft und damit auch einer Einheits-FlexCo & Co KG mE grds zu befürworten.<sup>53</sup> Dies gilt va, wenn die Komplementär-FlexCo reine Arbeitsgesellschafterin ist.<sup>54</sup> Selbst wenn die FlexCo aber am Vermögen der KG beteiligt ist, kann sie mE – innerhalb der Grenzen von §§ 15, 18 FlexKapGG – über die KG zulässig eigene Anteile erwerben.<sup>55</sup> Das Problem der Verwaltungsherrschaft – die Flex-

Co als Komplementärin der KG würde diese in ihrer eigenen GV vertreten – kann einfach dadurch gelöst werden, dass die Verfassung der konkreten Einheits-FlexCo & Co KG der Kommanditistenversammlung eine wesentliche Rolle zubilligt.<sup>56</sup>

### Die Zulässigkeit einer Einheits-FlexCo & Co KG ist innerhalb der Grenzen von §§ 15, 18 FlexKapGG zu bejahen.

#### D. Conclusio

- ▶ Die im vorliegenden ME vorgeschlagenen Regelungen zum Erwerb eigener Anteile durch die FlexCo (§§ 15–18 FlexKapGG) können großteils als geglückt bezeichnet werden.
- ▶ Die Abweichungen von den Vorbildregelungen der §§ 65 ff AktG werden die Praxis vor gewisse – freilich lösbare – Aufgaben stellen.
- ▶ Die Aussagen der OGH-E 6 Ob 178/22b können auch auf wechselseitige oder ringförmige Beteiligungen zwischen FlexCos angewendet werden.
- ▶ Für eine Einheits-FlexCo & Co KG besteht – bei Einhaltung der Grenzen von §§ 15, 18 FlexKapGG – kein rechtliches Hindernis.

#### Plus

#### ÜBER DEN AUTOR

E-Mail: heinrich.foglar-deinhardstein@cerhahempel.com

<sup>51</sup> IdS hat P. Doralt (ÖStZ 1977, 48) – unter Berufung auf Kastner – festgehalten, dass bei wechselseitiger Beteiligung eine „gleichzeitige wechselseitige Kapitalerhöhung“ unzulässig sei.

<sup>52</sup> OGH 17. 9. 2014, 6 Ob 185/13v RWZ 2014/72, 327 (Wenger) = GesRZ 2015, 52 (J. Reich-Rohrwig/Zimmermann) = wbl 2015, 228 (Auer) = Kocab/Grund, ecolex 2015, 211; krit Eckert in Torggler, UGB<sup>3</sup> § 161 Rz 7.

<sup>53</sup> H. Foglar-Deinhardstein in Rastegar/Rastegar/Rastegar, FlexKapGG § 15 Rz 127 (in Druck). Zur GmbH & Co KG H. Foglar-Deinhardstein in Foglar-Deinhardstein, HB vGA Rz 1/186; U. Heidinger, Die Einheits-GmbH & Co KG (2016, Diplomarbeit Univ Graz) 23, 59. Vgl differenzierend N. Arnold in GS Arnold<sup>2</sup> 1 (4ff). Skeptisch Artmann in FS Schauer 1 (2ff).

<sup>54</sup> Zur GmbH & Co KG H. Foglar-Deinhardstein in Foglar-Deinhardstein, HB vGA Rz 1/186; Gaggl, Gläubigerschutz bei Umgründung der GmbH & Co KG 276 FN 2025; vgl auch Auer in Gruber/Harrer, GmbHG<sup>2</sup> § 81 Rz 19f; Ebner/Köppel in Torggler, GmbHG § 81 Rz 4; Koppensteiner/Auer in Straube/Ratka/Rauter, UGB<sup>4</sup> § 161 Rz 18; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG<sup>3</sup> § 81 Rz 17; Bauer/Zehetner in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 81 Rz 65; Edelmann in Bergmann/Ratka, HB Personengesellschaften<sup>2</sup> Rz 5/9a, 5/62, 5/90; Haberer/Zib in Zib/Dellinger, UGB § 161 Rz 44; idS wohl auch OGH 13. 4. 2000, 6 Ob 8/00w ecolex 2001, 47 (Zehetner) = NZ 2001, 337 (Umlauf); 28. 6. 2000, 6 Ob 7/00y; aA Eckert in Torggler, UGB<sup>3</sup> § 161 Rz 7.

<sup>55</sup> Zur GmbH & Co KG H. Foglar-Deinhardstein in Foglar-Deinhardstein, HB vGA Rz 1/186; vgl Bauer/Zehetner in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 81 Rz 62f; J. Reich-Rohrwig, Kapitalerhaltung 412ff; Diregger/Eckert, Gedanken zur unechten Personengesellschaft, RdW 2013, 579 (581); so auch Eckert in Torggler, UGB<sup>3</sup> § 161 Rz 7. Die Zulässigkeit des unentgeltlichen Erwerbs der GmbH-Anteile durch die KG befürwortend Koppensteiner/Rüffler, GmbHG<sup>3</sup> § 81 Rz 17; Gaggl, Gläubigerschutz bei Umgründung der GmbH & Co KG 277.

<sup>56</sup> Zur GmbH & Co KG OGH 17. 9. 2014, 6 Ob 185/13v RWZ 2014, 327 (Wenger) = GesRZ 2015, 52 (J. Reich-Rohrwig/Zimmermann) = wbl 2015, 228 (Auer) = Kocab/Grund, ecolex 2015, 211; Bauer/Zehetner in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 81 Rz 66; J. Reich-Rohrwig, Kapitalerhaltung 414f; Diregger/Eckert, RdW 2013/577, 579 (581); Edelmann in Bergmann/Ratka, HB Personengesellschaften<sup>2</sup> Rz 5/92; OLG Celle 6. 7. 2016, 9 W 93/16 GmbHR 2016, 1094 (Sammet); von Bonin, Zur Anwendung der gesetzlichen Vertretungsregeln auf die Einheits-GmbH & Co. KG, NZG 2016, 1299 (1301 f); K. Schmidt, Zur Einheits-GmbH & Co. KG – Kautelarjurisprudenz an ihren Grenzen oder Triumph der Typizität des Atypischen? in FS Westermann 1425 (1439f, 1445); K. Schmidt, Fortschritt oder Rückschritt im Recht der Einheits-GmbH & Co. KG? ZIP 2007, 2193 (2196f); Oetker, Willensbildung in der Einheits-GmbH & Co. KG zwischen kautelarjuristischer Akrobatik und kreativer Rechtsfortbildung, in FS K. Schmidt 79; Seidel, Einheits-KG und gewerbliche Prägung – was gilt? BB 2017, 732 (736); Wertenbruch, Zum Stimmrecht der Komplementärin in GmbH & Co. KG und Einheits-GmbH & Co. KG nach MoPeG, NZG 2022, 939; dies nicht für notwendig erachtend BGH 16. 7. 2007, II ZR 109/06 EWIR, 689 (Kort); KG Berlin 21. 12. 2018, 22 W 84/18 ZIP 2019, 519; s aber § 170 Abs 2 dHGB nF (dazu Gebhard/Greth, Zum Trennungsprinzip in der Einheits-GmbH & Co. KG, NZG 2023, 156). Zur Möglichkeit von Weisungsrechten der Kommanditisten s schon OGH 22. 12. 1976, 1 Ob 797/76 (1 Ob 802/76).



**rdb Genjus**  
Juristische Recherche  
auf höchstem Niveau.

Sie wollen Zeit bei der Recherche sparen und dennoch erfolgreich sein?  
Die neuen **RDB Genjus Funktionen** unterstützen Sie dabei!

manz.at/rdbgenjus

rdb.at  
MANZ