

Unternehmenswertanteile

BEITRAG. Der Entwurf des FlexKapGG sieht in Gestalt der Unternehmenswertanteile eine neuartige Form der gesellschaftsrechtlichen Beteiligung vor. Die Regelung ist mit den Wertungen des geltenden Rechts wenig abgestimmt und zudem lückenhaft und umgehungsanfällig. **ecolex 2023/573**



Univ.-Prof. Dr. **Georg Eckert** ist Professor an der WU Wien und Rechtsanwalt. Mag. **Maximilian Sternig**, LL.M., ist Rechtsanwalt in Wien.

A. Einleitung

Der Beitrag widmet sich den Unternehmenswertanteilen (UWA), wie sie im ME 276/ME 27. GP (§§ 9–11 FlexKapGG-E) vorgeschlagen wurden. UWA sind FlexKapG-Geschäftsanteile, deren gesetzliche Ausgestaltung von den für gewöhnliche Geschäftsanteile geltenden Regelungen va dadurch abweicht, dass sie in sehr kleiner Stückelung zulässig sind und ihren Inhabern kein Stimmrecht, kein Bezugsrecht und nur ein eingeschränktes Informationsrecht gewähren. Der Ausschluss des Stimmrechts ist von zahlreichen zwingenden Schutzbestimmungen begleitet, deren vorwiegendes Ziel es ist, die Beteiligung der Inhaberinnen am Unternehmenswert sicherzustellen. UWA, bei denen die Voraussetzungen des vorgeschlagenen § 67a EStG-E¹⁾ vorliegen, sollen mit einem nur für diese Art der Beteiligung zur Verfügung stehenden Steuervorteil verbunden sein. Dieser besteht darin, dass der geldwerte Vorteil aus der Abgabe der Anteile an die AN nicht schon bei Beendigung des Dienstverhältnisses, sondern erst bei Veräußerung und in den sonstigen gem § 67a Abs 3 EStG-E geregelten Fällen als zugeflossen gilt. Unternehmenswert-Beteiligten, die AN sind, steht allerdings bei Ende des Dienstverhältnisses das Recht auf Veräußerung ihrer Anteile zu (§ 11 Abs 2 FlexKapGG-E). Bei Ausübung dieses Rechts ist der Erlös zu versteuern.

B. Parallelgestaltungen und Gestaltungsmöglichkeiten im geltenden Recht

1. GmbH-Recht

Gem § 39 Abs 2 GmbHG kann das Stimmgewicht einer GmbH-Gesellschafterin im Gesellschaftsvertrag frei geregelt werden. Jeder Gesellschafterin muss aber mindestens eine Stimme zustehen. Da die Gesamtzahl der Stimmen im Gesellschaftsvertrag beliebig festgesetzt werden kann, ist es möglich, das Stimmgewicht einer am Stammkapital auch wesentlich beteiligten Gesellschafterin so sehr zu verwässern, dass dieser so gut wie gar keine Einflussposition zukommt.²⁾ Auch die Vermögensrechte einer GmbH-Gesellschafterin können im Gesellschaftsvertrag flexibel geregelt werden. Sowohl der Gewinn als auch der Liquidationsanteil kann erhöht, vermindert oder auch ganz ausgeschlossen werden.³⁾ Nach geltendem Recht muss auch ein auf das Minimum verringertes Stimmgewicht nicht durch eine erhöhte Vermögensbeteiligung ausgeglichen werden. Im Gegenteil wäre es auch zulässig, das Stimmrecht einer GmbH-Gesellschafterin auf das oben beschriebene Minimum zu reduzieren und den Gewinn- oder den Liquidationsanteil ganz auszuschließen⁴⁾ oder auch beides, solange der Geschäftsanteil nicht als bloßes „nudum ius“ ausgestaltet wird.⁵⁾

2. Aktienrecht

a) Stimmrechtslose Vorzugsaktien

§ 12 Abs 1 AktG gewährt jeder Aktie das Stimmrecht. Einzige aktiengesetzliche Ausnahme sind Vorzugsaktien ohne Stimmrecht (§ 12a AktG). Diese Aktien müssen allerdings mit einem nachzuzahlenden Vorzug bei der Verteilung des Gewinns verbunden sein,⁶⁾ was bedeutet, dass ein bestimmter Betrag des Bilanzgewinns den Vorzugsaktionärinnen vorweg auszuzahlen ist und erst dann die Inhaberinnen der Stammaktien bedient werden. Ein höherer Dividendenbetrag ist damit nur verbunden, wenn der Bilanzgewinn zur Bedienung der Vorzugs- und der Stammaktionäre nicht ausreicht. Das Gesetz schreibt einen Mindestbetrag des Dividendenvorzugs nicht vor, sodass auch nur symbolische Vorzüge den Ausschluss des Stimmrechts legitimieren können. Wird der Vorzug in einer Periode nicht geleistet, lebt das Stimmrecht bis zur Nachzahlung der ausstehenden Vorzugsdividenden auf. Alle sonstigen Mitgliedschaftsrechte, wie das Teilnahmerecht an der Hauptversammlung, das Recht zur Antragstellung, Rede-, Auskunfts- und Fragerechte, das Anfechtungsrecht und das Bezugsrecht, stehen den Vorzugsaktionären uneingeschränkt zu.⁷⁾ Im Übrigen kann das mit Stamm- oder auch Vorzugsaktien verbundene Recht auf Teilhabe am Bilanzgewinn und am Liquidationserlös vermindert oder auch ganz ausgeschlossen werden (§§ 11, 53 Abs 3, § 212 Abs 2 AktG).⁸⁾

b) § 26a BWG

Kreditinstitute in der Rechtsform einer AG können stimmrechtslose Aktien gem § 26a BWG begeben. Sie unterscheiden

¹⁾ 275/ME 27. GP (Start-Up-Förderungsgesetz).

²⁾ Vgl *Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer*, GesR² Rz 4/291; *Harrer in Gruber/Harrer*, GmbHG² § 39 Rz 38, §§ 49, 50 Rz 27; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 39 Rz 13; *Baumgartner/Mollnhuber/U.Torggler in U. Torggler*, GmbHG § 39 Rz 12; *Enzinger in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 39 Rz 23; OGH 6 Ob 20/10i; BGH II ZR 342/53.

³⁾ *Bauer/Zehetner in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 82 Rz 37f; vgl (mit der Grenze der Sittenwidrigkeit) OGH 6 Ob 143/16x; *Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer*, GesR² Rz 4/393; *Auer in Gruber/Harrer*, GmbHG² § 82 Rz 13; vgl auch *Haberer/Zehetner in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 91 Rz 51, 54; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 91 Rz 16; *Ekkenga in MüKo GmbHG⁴ § 29 Rz 195*; *Kersting in Noack/Servatius/Haas*, GmbHG²³ § 29 Rz 52; *Müller in MüKo GmbHG⁴ § 72 Rz 18*; *Gesell in Rowedder/Pentz*, GmbHG⁷ § 72 Rz 13.

⁴⁾ BGH II ZR 342/53; *Ekkenga in MüKo GmbHG⁴ § 29 Rz 195*.

⁵⁾ *Paura in Habersack/Casper/Löbbe*, GroKo GmbHG³ § 72 Rz 9; *Leuschner in Habersack/Casper/Löbbe*, GroKo GmbHG³ § 29 Rz 108.

⁶⁾ *Eckert/Schopper in Eckert/Schopper*, AktG-ON¹⁰⁰ § 12a Rz 3.

⁷⁾ *Eckert/Schopper in Eckert/Schopper*, AktG-ON¹⁰⁰ § 12a Rz 13.

⁸⁾ *Eckert/Schopper/Walcher in Eckert/Schopper*, AktG-ON¹⁰⁰ § 53 Rz 18. Für die Einschränkung oder Entziehung des Rechts auf den Liquidationserlös gelten die Grundsätze zur Einschränkung der Gewinnbezugsrechte entsprechend (*Heider in MüKo AktG⁵ § 11 Rz 54*).

sich von den Vorzugsaktien gem § 12a AktG dadurch, dass sie keinen nachzuzahlenden Vorzugsbetrag gewähren.⁹⁾ Vielmehr entfällt auf sie ein im Vorhinein festgelegtes Vielfaches der Dividende einer Stammaktie. Folgerichtig ist auch ein Wiederaufleben des Stimmrechts wie nach § 12a Abs 2 AktG nicht vorgesehen.¹⁰⁾ Das „*Vielfache*“ muss nicht ganzzahlig sein, vielmehr kommt etwa auch ein Faktor von 1,01 in Betracht. Der vermögensrechtliche Vorteil auch dieser Aktiengattung kann daher homöopathisch sein. Abgesehen vom Stimmrecht vermitteln diese Aktien alle Rechte, die den Stammaktien zukommen.

C. Unternehmenswertanteile

UWA unterliegen nach § 9 Abs 1¹¹⁾ den über § 1 Abs 2 anwendbaren GmbH-gesetzlichen Bestimmungen über Geschäftsanteile, soweit das FlexKapGG nicht anderes bestimmt. Die UWA vermitteln einen Anteil am Stammkapital und folglich auch eine Stammeinlage. Der Mindestbetrag von € 70,- (§ 6 Abs 1 GmbHG) bzw € 1,- (§§ 3, 13) gilt für UWA nicht, dieser beträgt vielmehr 1 Cent (§ 9 Abs 2). Die auf die UWA entfallenden Stammeinlagen sind sofort voll einzubezahlen. Unternehmenswert-Beteiligte sind von der Ausfallhaftung nach § 70 Abs 2¹²⁾ und nach § 83 Abs 2¹³⁾ GmbHG ausgenommen; die Vereinbarung einer Nachschusspflicht der Unternehmenswert-Beteiligten nach § 72 GmbHG ist unzulässig (§ 9 Abs 2). Die mit UWA verbundenen Rechte und Pflichten weichen auch im Übrigen sehr einschneidend von jenen einer GmbH- oder FlexKapG-Gesellschafterin ab.

1. Verwaltungs- und Kontrollrechte

Was die Verwaltungsrechte anlangt, steht den Inhaberinnen der UWA kein Stimmrecht zu (§ 9 Abs 4 Satz 2); auch das Recht zur Anfechtung von Gesellschafterbeschlüssen ist – anders als bei stimmrechtslosen Vorzugsaktien – ausgeschlossen. Die übrigen Individual- und Minderheitsrechte stehen den Unternehmenswert-Beteiligten hingegen in gleichem Umfang zu wie den sonstigen Gesellschafterinnen (§ 9 Abs 1 Satz 2). Dies gilt namentlich für das Teilnahme-, Antrags- und Rederecht in der Generalversammlung¹⁴⁾ und die Minderheitsrechte gem § 30b Abs 5, §§ 37, 38, 45, 48, 89 Abs 2 GmbHG.¹⁵⁾ Im Begutachtungsverf ist die Frage aufgeworfen worden, ob die für die Ausübung der Minderheitsrechte erforderliche Mindestbeteiligung von 10% anhand des gesamten Stammkapitals oder anhand des auf die UWA entfallenden Nennbetrages (von höchstens 25% des Stammkapitals, § 9 Abs 1) zu bemessen ist.¹⁶⁾ Die Frage ist im ersteren Sinn zu beantworten, weil die zitierten GmbH-gesetzlichen Bestimmungen auf einen Anteil am Stammkapital abstelen und die UWA gem § 9 Abs 1 einen solchen Anteil repräsentieren. § 9 Abs 4 bestimmt, dass den Unternehmenswert-Beteiligten „*ausschließlich*“ die Informations- und Einsichtsrechte nach § 22 Abs 2 und 3 GmbHG zustehen. Damit soll die Anwendung des vom OGH rechtsfortbildend geschaffenen umfassenden Informationsanspruchs der GmbH-Gesellschafterin¹⁷⁾ ausgeschlossen werden, weil den Unternehmenswert-Beteiligten kein Recht auf Beteiligung an der Willensbildung der Ges zukommt.¹⁸⁾ Der OGH bezweifelt, dass die gewählte Formulierung dies ausreichend zum Ausdruck bringt.¹⁹⁾

2. Vermögensrechte

a) Überblick

Den Unternehmenswert-Beteiligten kommt zwingend eine Beteiligung am Gewinn und am Liquidationserlös und ein Mit-

verkaufsrecht zu. Beide Regelungen setzen am Verhältnis der Unternehmenswert-Beteiligten zu den *Gründungsgesellschafterinnen* an. Die beiden Gesellschaftergruppen müssen im gleichen Verhältnis an Gewinn und Liquidationserlös beteiligt sein (§ 9 Abs 3 Satz 2). Den Unternehmenswert-Beteiligten steht ein Mitverkaufsrecht zu, wenn die Gründungsgesellschafterinnen ihre Anteile mehrheitlich veräußern (§ 10). UWA vermitteln nach § 9 Abs 3 Anspruch auf einen ihrer Beteiligung am eingezahlten Stammkapital entsprechenden Anteil am Gewinn und am Liquidationserlös. Abweichungen im Gesellschaftsvertrag sind nur zulässig, wenn diese „*in Bezug auf die Beteiligung am Bilanzgewinn und am Liquidationserlös eine der Höhe der jeweils eingezahlten Stammeinlagen entsprechende Gleichbehandlung der Unternehmenswert-Beteiligten mit den Gründungsgesellschafterinnen (§ 10 Abs 2)*“ vorsehen. Mit anderen Worten kann der Gewinn- oder Liquidationsanteil der UWA nur dann vermindert (oder auch erhöht) werden, wenn die Verminderung oder Erhöhung in gleicher Weise auch die Geschäftsanteile der Gründungsgesellschafterinnen (zum Begriff sogleich unten) betrifft. Der innere Grund für die zwingende Gleichbehandlung von Unternehmenswert-Beteiligten und Gründungsgesellschafterinnen dürfte einerseits in der Vermeidung von Interessenkonflikten (insb) bei der Ausgabe neuer Geschäftsanteile mit bevorzugter vermögensrechtlicher Position liegen.²⁰⁾ Zum anderen steht sie iZm dem Mitverkaufsrecht nach § 10 Abs 2, wonach den Unternehmenswert-Beteiligten der gleiche Preis und die gleichen sonstigen Konditionen wie den Gründungsgesellschafterinnen anzubieten sind. Die Höchstpersönlichkeit der Stellung als Gründungsgesellschafterin ändert nichts daran, dass bei Veräußerung ihrer Geschäftsanteile deren Beteiligung am Gewinn und am Liquidationserlös auf die Rechtsnachfolgerin übergeht, wodurch die vermögensrechtliche Gleichbehandlung mit den Unternehmenswert-Beteiligten perpetuiert wird. Eine Ungleichbehandlung mit den Unternehmenswert-Beteiligten ist nach Ausscheiden der Gründungsgesellschafterinnen zulässig, bedarf aber grds einer Änderung des Gesellschaftsvertrags und diese wiederum der Zustimmung der Unternehmenswert-Beteilig-

⁹⁾ *Billek in Laurer et al.* BWG § 26a Rz 14; *Blume in Dellinger*, BWG § 26a Rz 18; *Schrader*, ÖBA 2017, 456, 462.

¹⁰⁾ Siehe dazu etwa *Haslwanter/Wingert*, ÖBA 2017, 555 ff.

¹¹⁾ Die folgenden §-Zitate ohne Nennung des Gesetzes beziehen sich auf den FlexKapGG-E.

¹²⁾ Der Wortlaut des Entwurfs schließt nur die Anwendung des § 70 Abs 2 GmbHG aus. Die Ausfallhaftung ist aber grds in § 70 Abs 1 GmbHG geregelt. § 70 Abs 2 GmbHG betrifft nur die subsidiäre Haftung bei Ausfall eines haftenden Mitgesellschafters.

¹³⁾ Hier wiederum verweist der Entwurfstext nur auf § 83 Abs 2 (primäre Ausfallhaftung), nicht aber auf § 83 Abs 3 GmbHG (subsidiäre Ausfallhaftung).

¹⁴⁾ Konsequenterweise zählen die UWA auch bei der Berechnung des Präsenzquorums nach § 38 Abs 6 GmbHG mit.

¹⁵⁾ Vgl hierzu weiterführend Stellungnahme OGH, 63/SN-276/ME 27. GP 3; Stellungnahme *Harrer*, 63/SN-276/ME 27. GP 3ff; Stellungnahme *Hule*, 63/SN-276/ME 27. GP 11.

¹⁶⁾ Stellungnahme OGH 63/SN-276/ME 27. GP 3.

¹⁷⁾ OGH RIS-Justiz RS0060098; RS0060051 (100% Tochtergesellschaft).

¹⁸⁾ 276/ME 27. GP 6.

¹⁹⁾ Stellungnahme OGH 63/SN-276/ME 27. GP 3.

²⁰⁾ 276/ME 27. GP 6: „*Da davon auszugehen ist, dass sich die Gründungsgesellschafterinnen dabei insgesamt nicht selbst übervorteilen werden, erscheint es sachgerecht, die für diese geltenden gesellschaftsvertraglichen Regelungen auch als Grundlage für die Rechte der Unternehmenswert-Beteiligten zuzulassen.*“

ten, wenn deren Anteil am Gewinn oder Liquidationserlös durch die Änderung geschmälert wird (§ 9 Abs 5).

b) Die Gründungsgesellschafterinnen

„Gründungsgesellschafterin“ ist, wer als solche gem § 10 Abs 2 im Gesellschaftsvertrag benannt wird. Die auf die Gründungsgesellschafterinnen entfallenden Geschäftsanteile müssen zum Zeitpunkt der Einräumung der UWA eine Mehrheit des Stammkapitals repräsentieren. Es kann sich daher auch um Personen handeln, die ihre Gesellschafterstellung erst lange nach Gründung der Ges erworben haben, wenn sie nur zum Zeitpunkt der „Einräumung“ der UWA Gesellschafterinnen sind. Dass Gründungsgesellschafterinnen selbst auch UWA übernehmen, ist gesetzlich nicht ausgeschlossen und daher zulässig.

Da die Position als Gründungsgesellschafterin im Zeitpunkt der Einräumung der UWA begründet wird, kann es mehrere Generationen von Gründungsgesellschafterinnen geben.

Dafür spricht auch das Mitverkaufsrecht gem § 10 Abs 1, dessen Zweck – Beteiligung an dem von den Gründungsgesellschafterinnen erzielten Exit – ein mehrmaliges Auslösen des Rechts nicht trägt. Außerdem wäre unklar, wie das Mitverkaufsrecht durch eine sukzessive Veräußerung der Anteile der Gründungsgesellschafterinnen²³⁾ ausgelöst werden sollte, wenn die Gründungsgesellschafterinnen-Eigenschaft auf die Anteilserwerberin überginge. Da die Position als Gründungsgesellschafterin im Zeitpunkt der Einräumung der UWA begründet wird, kann es mehrere Generationen von Gründungsgesellschafterinnen geben.

Aus dem Gesetzeswortlaut²¹⁾ und der Notwendigkeit der namentlichen Nennung der Gründungsgesellschafterinnen im Gesellschaftsvertrag folgt, dass diese Eigenschaft auf die Anteilserwerberin nicht übergeht, also höchstpersönlich ist.²²⁾

Beispiel

A, B, C, D und E sind zu je 19% Gesellschafterinnen der X FlexKapG. S werden UWA im Ausmaß von 5% des Stammkapitals einräumt, dabei werden A, B und C als Gründungsgesellschafterinnen festgelegt. C überträgt ihren Anteil auf F. Wird nun T ein UWA eingeräumt, muss, weil die verbleibenden Gründungsgesellschafterinnen nicht mehr die Mehrheit des Stammkapitals repräsentieren, eine weitere Person als Gründungsgesellschafterin, zB E, festgelegt werden.²⁴⁾ E gilt als Gründungsgesellschafterin uE nur für T, nicht aber für S. Wäre dies anders, könnte das Mitverkaufsrecht der S, welches an der mehrheitlichen Veräußerung der Anteile „ihrer“ Gründungsgesellschafterinnen anknüpft, durch Ausgabe zusätzlicher UWA hinausgeschoben werden.

Der ME dürfte daher so zu verstehen sein, dass der Kreis der Gründungsgesellschafterinnen bei jeder Einräumung von UWA neu definiert werden kann und ggf auch muss. Es ist leicht vorstellbar, dass die gesellschaftsrechtlichen Verhältnisse einer FlexKapG nach mehreren Runden der Ausgabe von UWA eini- germaßen unüberschaubar werden können. Dies führt zur weiteren Frage, was unter „Einräumung“ von UWA iSd § 10

Abs 2 zu verstehen ist. Ein derivativer Erwerb eines UWA kann nicht gemeint sein, weil die Übertragung des UWA dann ggf von einer Änderung des Gesellschaftervertrags und davon abhinge, dass sich Personen zur Übernahme der besonderen Pflichten einer Gründungsgesellschafterin bereithalten.

Dass der ME (nur) den Zeitpunkt des originären Erwerbs der UWA oder ggf auch den Erwerb von der Ges als für die Definition der Gründungsgesellschafterinnen maßgeblich erklärt, ist zur Sicherstellung der Übertragbarkeit der UWA notwendig, macht die Regelung aber auch umgehungsanfällig.

In den Materialien wird denn auch die „Einräumung“ von UWA mit deren „Ausgabe“ gleichgesetzt.²⁵⁾ Unter „Einräumung“ ist daher in erster Linie der originäre Erwerb im Weg einer Kapitalerhöhung zu verstehen. Ob die Veräußerung eigener UWA durch die Ges (§ 15) auch darunterfällt, ist unklar, aber wohl zu verneinen, weil die Veräußerung keine Änderung des Gesellschaftsvertrags voraussetzt. Dass der ME (nur) den Zeitpunkt des originären Erwerbs der UWA oder ggf auch den Erwerb von der Ges als für die Definition der Gründungsgesellschafterinnen maßgeblich erklärt, ist zur Sicherstellung der Übertragbarkeit der UWA notwendig, macht die Regelung aber auch umgehungsanfällig.

Beispiel

Die X FlexKapG wird durch die Gründungsdienstleisterinnen A und B gegründet. A übernimmt 75% des Stammkapitals und wird als Gründungsgesellschafterin benannt. 25% des Stammkapitals bestehen aus UWA, die von B übernommen werden. Nach Eintragung der Ges überträgt A ihre Beteiligung an C und D. Diese Übertragung löst ein Mitverkaufsrecht der B aus, die davon aber keinen Gebrauch macht. Nach dem Ausscheiden der A kann die Gewinn- und Liquidationserlösverteilung mit Zustimmung der B beliebig geregelt werden. In weiterer Folge werden die UWA sukzessive an Mitarbeiterinnen übertragen.²⁶⁾ Diesen kommt entgegen der Intention des § 10 kein Mitverkaufsrecht zu, weil die Veräußerung des Anteils der Gründungsgesellschafterin bereits stattgefunden hat.

²¹⁾ § 10 Abs 2: „Die Gründungsgesellschafterinnen sind durch den Gesellschaftsvertrag festzulegen, wobei es sich um Gesellschafterinnen handeln muss, die zum Zeitpunkt der Einräumung der Unternehmenswert-Anteile über die Mehrheit des Stammkapitals der Gesellschaft verfügen“.

²²⁾ Vgl die Differenzierung zwischen „Inhabern bestimmter Geschäftsanteile“ und „bestimmten Gesellschaftern“ beim Entscheidungsrecht gem § 30c GmbHG.

²³⁾ 276/ME 27. GP 9.

²⁴⁾ Möglich wäre es aber wohl auch, den Kreis der Gründungsgesellschafterinnen anlässlich der Einräumung der T-UWA gänzlich neu zu verteilen (zB als D, E und F).

²⁵⁾ 276/ME 27. GP 9.

²⁶⁾ Zur Inanspruchnahme der steuerlichen Begünstigungen nach § 67a EStG-E ist es freilich erforderlich, dass die UWA von der Ges eingeräumt werden (§ 67a Abs 2 Z 1). Die obige Umgestaltung ist unter Wahrung der steuerlichen Begünstigungen folglich nur möglich, wenn die UWA zuvor auf die Ges übertragen und von dieser an die Mitarbeiterinnen weiterübertragen werden. Dann stellt sich die Frage, ob die Veräußerung eigener UWA als „Einräumung“ von UWA iSd § 10 Abs 2 zu gelten hat.

c) Bezugsrecht

Den Unternehmenswert-Beteiligten kommt gem § 9 Abs 2 letzter Satz kein Bezugsrecht zu, wenn der Gesellschaftsvertrag nichts anderes bestimmt. Die Regelung ist wenig spektakulär, da das Bezugsrecht der GmbH-Gesellschafterin gem § 52 Abs 3 GmbHG ohnedies satzungsdispositiv ist.

d) Mitverkaufsrecht

Nach § 10 Abs 1 hat der Gesellschaftsvertrag ein Mitverkaufsrecht der Unternehmens-Beteiligten vorzusehen. Das Gesetz sieht damit ein Austrittsrecht vor. Die Wertung ist freilich eine andere als bei den im geltenden Recht vorgesehenen Austrittsrechten (§ 22 ÜbG; § 38 Abs 7 BörseG; §§ 244, 153 AktG; §§ 9, 11 SpaltG; §§ 17, 40, 57 EU-UmgrG etc). Letztere vertypen Situationen, in denen der Gesetzgeber die Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Gesellschaftsverhältnisses unterstellt. § 10 hat hingegen einen anderen Zweck, nämlich die Sicherstellung der Partizipation der Unternehmenswertbeteiligten an dem durch die Gründungsgesellschafter erzielten Veräußerungserlös.²⁷⁾ Das Mitverkaufsrecht setzt konsequenterweise im Gegensatz zum Übernahmerecht keinen Kontrollwechsel voraus. Auslöser des Mitverkaufsrechts ist die mehrheitliche Veräußerung der Geschäftsanteile der Gründungsgesellschafterinnen (nicht: des Stammkapitals) an eine Dritte. „Dritte“ ist jede, die nicht Gründungsgesellschafterin ist.²⁸⁾ Bei sukzessiven Veräußerungen wird das Mitverkaufsrecht mit dem letzten für das Überschreiten der Schwelle erforderlichen Veräußerungsvorgang ausgelöst. Wieviel Zeit zwischen der ersten und der letzten Veräußerung vergangen ist, ist irrelevant.

Beispiel

A ist mit 30%, B, C sind zu je 15% als Gründungsgesellschafterinnen an der X FlexKapG beteiligt. Im Jahr 2024 tritt ein Investor im Wege einer Kapitalerhöhung hinzu, die Beteiligungsquote von A, B und C wird um die Hälfte verwässert. Im Jahr 2025 veräußert A ihre gesamte Beteiligung an einen Dritten. Das Mitverkaufsrecht wird nicht ausgelöst, weil nur exakt die Hälfte der Beteiligung der Gründungsgesellschafterinnen veräußert worden ist. Veräußert B im Jahr 2030 ihren Anteil ganz oder teilweise, wird das Mitverkaufsrecht für sämtliche²⁹⁾ UWA schlagend.

Das Gesetz spricht von „Mitverkaufsrecht“ und in § 10 Abs 2 von „verkaufen“ und „Kaufpreis“. Andere Veräußerungsgeschäfte als der Verkauf, wie etwa eine Schenkung, eine Übertragung von Todes wegen, ein Tausch oder eine Einbringung, sind folglich nicht erfasst. Dies ist vor allem deshalb problematisch, weil die Erwerberin nach dem Gesetzeswortlaut³⁰⁾ nicht als Gründungsgesellschafterin gilt und das Mitverkaufsrecht daher bei nachfolgenden Übertragungen nicht eingreift. Bei schrittweisen Veräußerungen ist unklar, ob ausschließlich Verkaufsgeschäfte für das Erreichen der Mitverkaufsschwelle relevant sind oder nur das letzte Geschäft ein Verkauf sein muss. Gegen die Einbeziehung der anderen Veräußerungsarten spricht auch insoweit der Gesetzeswortlaut (arg „mehrheitlich zu verkaufen“ in § 10 Abs 2) und die Regelung gem § 10 Abs 2 Satz 3. Gem § 10 Abs 2 haben die Gründungsgesellschafterinnen im Fall einer mehrheitlichen Veräußerung ihrer Anteile

dafür zu sorgen und gem § 880 2. Fall ABGB zu garantieren, dass die dritten Erwerberinnen den Unternehmenswertbeteiligten ihre UWA zum selben Kaufpreis und zu denselben Konditionen abkaufen. Die Rechtsfolgen der Verletzung dieser Pflicht sind ungerichtet. UE ist die Abgabe der nach § 10 Abs 2 geforderten Garantie eine „sonstige Voraussetzung“ der Übertragung, was bedeutet, dass die Gründungsgesellschafterinnen ihre Anteile nur bei Abgabe einer gesetztes- und vertragskonformen Garantie wirksam übertragen können. Die „mittelbare“ Veräußerung durch Veräußerung von Anteilen an einer Gründungsgesellschafterin erfasst der Wortlaut des § 10 nicht. Der Zweck der Bestimmung verlangt nach einer wirksamen Mitverkaufsmöglichkeit auch in diesem Fall. Die Anwendung des § 10 scheitert aber daran, dass das Mitverkaufsrecht rechtsgeschäftlich, nämlich im Gesellschaftsvertrag der FlexKapG, begründet ist und die Gesellschafter der Gründungsgesellschafterin nicht Parteien dieses Rechtsgeschäfts sind.³¹⁾ Auch der Sanktionsmechanismus – Übertragungssperre bis zur Abgabe der Garantie – läuft leer.³²⁾ Schließlich ist bei mittelbaren Übertragungen bei der Preisbildung zu berücksichtigen, dass die übertragene Gründungsgesellschafterin auch andere Vermögenswerte oder Verbindlichkeiten haben kann.³³⁾ Das Mitverkaufsrecht besteht zum anteiligen Preis und zu denjenigen Konditionen, die der Dritte mit den Gründungsgesellschafterinnen vereinbart hat. Die in der Vertragsgestaltung oft anzutreffenden Einschränkungen etwa bei Gewährleistungszusagen fehlen, sodass sich die Unternehmenswert-Beteiligten dem vollen Gewährleistungs- und Garantiekatalog unterwerfen und die Rechtsfolgen ihrer Verletzung mittragen müssen. Auch dies ist angesichts des Schutzanliegens wenig zweckmäßig. Andererseits ist es auch kaum möglich, eine allen individuellen Fallgestaltungen angemessene Haftungsbeschränkung im Gesetz zwingend festzuschreiben. Auch für Nebenbestimmungen, die die Mitverkaufsbe-rechtigte nicht erfüllen kann, fehlt eine Regelung. Eine solche könnte in Anlehnung an § 1077 ABGB vorgesehen werden. Nach der derzeitigen Fassung des ME ist fraglich, ob das Mitverkaufsrecht in solchen Fällen überhaupt ausgeübt werden kann.

²⁷⁾ Vgl 276/ME 27. GP 4.

²⁸⁾ 276/ME 27. GP 9.

²⁹⁾ Soweit B bei Einräumung dieser UWA Gründungsgesellschafterin war.

³⁰⁾ Supra C.2.b).

³¹⁾ Siehe zur Streitfrage der Anwendung auf „mittelbare“ Veräußerungen vinkulierter Anteile mwN *Rauter* in WK GmbHG § 76 Rz 96ff. Bei dieser Diskussion wird gerne übersehen, dass die Geschäftsführung einer Ges, die Beschränkungen der Übertragbarkeit ihres Anteils an einer anderen Ges akzeptiert, keine Kompetenz zur Beschränkung der Übertragbarkeit der Anteile an ihr selbst hat. Eine solche Regelung würde nach allgemeinen Grundsätzen vielmehr der Zustimmung aller davon betroffenen Gesellschafter bedürfen.

³²⁾ Siehe dazu (iZm Vinkulierungen) *Reich-Rohrwig*, *ecolex* 1994, 757, 761; *Karollus/Artmann*, *GesRZ* 2001, 64, 67.

³³⁾ Siehe zum übernahmerechtlichen Parallelproblem § 26 Abs 3 Z 1 ÜbG.

Die Regelung ist nicht treffsicher, weil die Zeitspanne nicht beschränkt ist und Ereignissen mit einschneidender Bewertungsrelevanz nicht Rechnung getragen wird.

Verkäufen, ist der gewichtete Durchschnitt aller erzielten Kaufpreise maßgeblich (§ 10 Abs 2 Satz 3). Damit wird offenbar bezweckt, die Mitverkaufsberechtigten vor einer Manipulation des Mitverkaufspreises durch künstliche Aufspaltung einer wirtschaftlich einheitlichen Transaktion zu schützen. Das Anliegen ist verständlich, die daraus geborene Regelung aber nicht treffsicher, weil die Zeitspanne zwischen den maßgeblichen Veräußerungsgeschäften nicht beschränkt ist und auch Ereignissen mit einschneidender Bewertungsrelevanz nicht Rechnung getragen wird.³⁴⁾ Dies kann dazu führen, dass die Mitverkaufsberechtigten einen gemessen am Wert ihrer Beteiligung viel zu hohen Preis haben, wenn das unternehmerische Projekt sich doch nicht so vorteilhaft entwickelt, wie beim ersten Kaufgeschäft angenommen. In einem solchen Fall wird der dritte Käufer kaum bereit sein, die negative Entwicklung auszugleichen.

3. Verkaufsoption bei Ende des Dienstverhältnisses (§ 11)

Für Mitarbeiter hat der Gesellschaftsvertrag darüber hinaus eine Verkaufsoption für den Fall der Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu enthalten (§ 11 Abs 2). Auch die FlexKapG kommt gem § 15 Abs 1 Z 6 als Optionsverpflichtete in Frage,³⁵⁾ sofern die nach § 15 Abs 4 Satz 2 erforderlichen freien Mittel zum Zeitpunkt der Optionseinräumung³⁶⁾ vorhanden sind. Auch Dritte können aus dieser Option verpflichtet werden,³⁷⁾ wenn sie sich der gesellschaftsvertraglichen Regelung unterwerfen. Nähere Vorgaben über die Ausgestaltung des Optionsrechts macht das Gesetz nicht. Insb ist kein Mindestpreis vorgesehen.

4. Änderung der Rechte der Unternehmenswertbeteiligten (§ 9 Abs 5)

Die Änderung oder Aufhebung der Rechte der Unternehmenswert-Beteiligten kann nur mit deren Zustimmung beschlossen werden (§ 9 Abs 5). Eine „Änderung der Rechte“ ist, wie sich aus § 9 Abs 5 Satz 3 ergibt, auch die Neuausgabe von Geschäftsanteilen mit „vorrangiger Rechtsposition“, also etwa Gewinn- oder Liquidationspräferenzen. In einem solchen Fall ist die Zustimmung nicht erforderlich, wenn diese Maßnahme im Gesellschaftsvertrag vorgesehen und die vermögensmäßige Gleichbehandlung der UWA-Inhaber mit den Gründungsgesellschafterinnen sichergestellt ist. Hingegen dürfte die Ausgabe von Geschäftsanteilen ohne Vorrang bei der Gewinn- oder Liquidationsverteilung nicht tatbestandsmäßig sein. Dafür spricht, dass der ME einen gesellschaftsvertraglichen Vorbehalt nur bei Ausgabe von Präferenzanteilen für erforderlich hält, und außerdem, dass den Unternehmenswert-Beteiligten kein Bezugsrecht zukommt (§ 9 Abs 2 letzter Satz). Letztere Anordnung wäre wenig sinnvoll, wenn jede Kapitalerhöhung nur mit Zustimmung aller Unternehmenswert-Beteiligten vorgenommen werden könnte. Ob die Differenzierung zw gewöhnlichen Anteilen und Präferenzanteilen sinnvoll ist, steht auf einem anderen Blatt. Denn die Vermögensinteressen der

Für die Preisbildung bei sukzessiven Veräußerungen hält das Gesetz eine Sonderregelung bereit. Ist der bei dem das Mitverkaufsrecht auslösenden Geschäft vereinbarte Kaufpreis niedriger als bei den vorangegangenen

Anteilsinhaber können auch bei der Ausgabe von gewöhnlichen Anteilen mit zu niedrigem Ausgabekurs beeinträchtigt werden. Der zweite klare (weil in den Gesetzesmaterialien erwähnte) Fall des Zustimmungsrechts ist jener der Umwandlung von UWA in gewöhnliche Geschäftsanteile. In diesem Fall soll eine im Gesellschaftsvertrag vorweggenommene Zustimmung offenbar nicht möglich sein – der Entwurfstext adressiert nur die Ausgabe von Anteilen mit vorstehenden Rechten. Das Zustimmungserfordernis ist also zwingend, womit der Entwurf von den zu § 50 Abs 4 GmbHG entwickelten Grundsätzen abweicht.³⁸⁾ Auch vertraglich eingeräumte Individualrechte können nämlich durch Mehrheitsbeschluss entzogen werden, wenn der Gesellschaftsvertrag dies vorsieht. Die Regelung ist auch unflexibler als das Aktienrecht, das den Entzug von Gattungsrechten unter der Voraussetzung zulässt, dass die qualifizierte Mehrheit der Gattung zustimmt (§ 146 Abs 2 AktG). Mit der Umwandlung der UWA ist der Kreis der

³⁴⁾ Vgl demgegenüber § 26 Abs 3 Z 3 ÜbG.

³⁵⁾ 276/ME 27. GP 10.

³⁶⁾ Siehe Eckert/Schopper/Schmidt in Eckert/Schopper, AktG-ON¹⁰⁰ § 65 Rz 5.

³⁷⁾ Vgl Stellungnahme KSW; 63/SN-276/ME 27. GP 4f.

³⁸⁾ Siehe Milchrahm/Rauter in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 50 Rz 74; Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³ § 99 GmbHG Rz 5; aA Stellungnahme OGH 63/SN-276/ME 27. GP 8.

**KIRCHMAYR, MIERNICKI, WEILINGER,
WILD, WIMMER (HG.)**

**Handbuch
Besteuerung von
Kryptowährungen**



facultas 2023, 348 Seiten, gebunden
ISBN 978-3-7089-2407-6
EUR 72,-

Einführend werden die zivil- und wertpapierrechtlichen Grundlagen von Kryptowährungen und ihre technischen Grundlagen dargestellt. Der Hauptteil widmet sich verschiedenen steuerrechtlichen Fragestellungen im Zusammenhang mit Kryptowährungen. Abschließend wird die Bilanzierung von Krypto-Assets nach UGB untersucht. Im Anhang ist das Ökosoziale Steuerreformgesetz 2022 Teil I – ÖkoStRefG 2022 Teil I abgedruckt, das die Besteuerung von Kryptowährungen regelt.



Erhältlich im Buchhandel sowie unter
facultas.at



zustimmungspflichtigen Maßnahmen aber wohl nicht vollständig abgesteckt. Auch sonstige Maßnahmen können zu einem Eingriff (auch) in die Rechte der Unternehmenswert-Beteiligten führen. Dies gilt zunächst für ordentliche und vereinfachte Kapitalherabsetzungen. Besonders letztere können dazu führen, dass die Altgesellschafterinnen und damit auch die Unternehmenswert-Beteiligten ihre Beteiligungsrechte ganz verlieren. Sollte dafür eine Zustimmung aller Unternehmenswert-Beteiligten zwingend erforderlich sein, würden erforderliche Sanierungsmaßnahmen uU sehr erschwert oder verunmöglicht. Auch Umgründungen, namentlich Verschmelzungen, Spaltungen und übertragende Umwandlungen, führen regelmäßig zu einer Änderung der Rechte der Gesellschafterinnen. Auch Umwandlungen in AG, die nach § 26 zulässig sein sollen, gehen mit einer Änderung der Rechte der Unternehmenswert-Beteiligten einher. Ein Zustimmungsrecht für diesen Fall wäre besonders überschüssig, weil den Unternehmenswert-Beteiligten ohnedies ein Austrittsrecht gegen angemessene Barabfindung zusteht (§ 253 AktG). Aber auch bei Umgründungen ohne gesetzliches Austrittsrecht ginge ein Zustimmungsrecht jedes einzelnen Unternehmenswert-Beteiligten über das für sonstige Sonderrechtsinhaber geltende Regime hinaus. § 99 Abs 1 GmbHG, § 10 Abs 1 SpaltG sehen ein Individualzustimmungsrecht nämlich nur vor, wenn keine gleichwertigen Rechte gewährt werden. Der ME verlangt die Zustimmung der Unternehmenswert-Beteiligten nur für den Fall der Änderung, nicht aber für den vollständigen Entzug des Mitgliedschaftsrechts. Ein Ausschluss nach dem GesAusG und eine Einziehung nach § 23 sind daher auch bei Unternehmenswert-Beteiligten möglich.³⁹⁾

5. Umwandlung in gewöhnliche Geschäftsanteile (§ 9 Abs 9)

Eine Umwandlung von UWA in gewöhnliche Geschäftsanteile erfordert nach § 9 Abs 9 die Einhaltung der Kapitalherabsetzungs- und -erhöhungsvorschriften. Der Zweck dieser Bestimmung liegt im Dunkeln.⁴⁰⁾

6. Anteilsübertragung und Registrierung (§ 9 Abs 6 bis 8)

UWA sind wie gewöhnliche Geschäftsanteile frei übertragbar. Vinkulierungen und sonstige Beschränkungen der Übertragbarkeit sind nach Maßgabe des über § 1 Abs 2 anwendbaren § 76 Abs 2 GmbHG möglich. Zur Inanspruchnahme der steuerlichen Begünstigungen gem § 67a EStG-E muss verpflichtend eine Vinkulierung vorgesehen werden. Die Unternehmenswert-Beteiligten sind nicht in das FB einzutragen, sondern bloß die Summen der auf die UWA entfallenden Stammeinlagen sowie der darauf geleisteten Einlagen (§ 9 Abs 6). Die Geschäftsführung hat jedoch ein Anteilsbuch zu führen, für das die Vorschriften des AktG über das Aktienbuch sinngemäß Anwendung finden. Im Verhältnis zur Ges gilt daher als UWA-Beteiligte nur, wer in das Anteilsbuch eingetragen ist (§ 61 Abs 2 AktG).⁴¹⁾ Gem § 9 Abs 8 FlexKapGG ist das Anteilsbuch als „Anteilsliste“ sowie eine Namensliste, welche im Gegensatz dazu keine Angaben zu den UWA-Stammeinlagen enthält, bei Gründung der Ges oder bei der späteren Ausgabe der UWA und danach jeweils spätestens neun Monate nach dem Bilanzstichtag zum FB einzureichen, wobei nur die Namensliste in die öffentliche Urkundensammlung aufgenommen wird. Die Anteilsliste ist bloß in den Firmenbuchakt aufzunehmen.⁴²⁾

7. UWA-Poolholding

In der bisherigen Praxis soll es vorkommen, dass Mitarbeiterinnen durch Holdingstrukturen von einer direkten Beteiligung an der Ges ferngehalten wurden. In einer typischen Variante werden die den Mitarbeiterinnen zugedachten Geschäftsanteile in einer KG gepoolt, deren nicht vermögensbeteiligte Komplementärin eine von den Gründerinnen beherrschte GmbH ist. Der Komplementärin ist weitgehende Autonomie bei der Ausübung der der KG als Gesellschafterin der operativen Ges zustehenden Rechte eingeräumt. Steuerlich werden die Anteile direkt den Kommanditisten-Mitarbeiterinnen zugerechnet. Eine solche Gestaltung ist auch bei UWA möglich und angesichts der vorgeschlagenen Regelungen auch zu erwarten. Infolge der ertragssteuerlichen Transparenz der KG können die steuerlichen Vorteile uE auch bei mittelbarer Beteiligung gewahrt werden. Die in §§ 9–11 vorgesehenen zwingenden Regelungen laufen bei solcher Gestaltung leer, wenn und weil nicht die Mitarbeiterinnen, sondern die Gründerinnen als Gesellschafterinnen der Komplementär-GmbH über deren Ausübung Entscheidungsbefugnt sind.

Schlussstrich

Bei der Abfassung des ME mag eine Mitarbeiterin Pate gestanden sein, die von einer übermächtigen AG einen illiquiden und überaus unsicheren Entgeltbestandteil aufgezwungen bekommt. Diese Mitarbeiterin soll (wenigstens dann) nicht über den Tisch gezogen werden können, wenn die Gründerinnen Kassa machen. Das Anliegen leuchtet ein, trägt die vorgeschlagenen Regelungen aber nicht. Der Anwendungsbereich der §§ 9 und 10 ist nicht auf Mitarbeiterinnen und auch nicht auf typische Ungleichgewichtslagen beschränkt. Konstituierendes Merkmal der UWA ist vielmehr nur der Ausschluss des Stimm- und die Beschränkung des Informationsrechts. Diese Beschränkungen können die sehr weitgehenden und zudem auch nicht treffsicheren Eingriffe in die Privatautonomie aber nicht rechtfertigen, wie ein systematischer Blick auf Parallelgestaltungen lehrt (§ 12a AktG; § 26a BWG). Zudem: Mitarbeiterinnen, auf deren Schutz das Gesetz ja in erster Linie abzielt, können weiterhin mit Aktien, GmbH- oder Kommanditanteilen bedacht werden, für die es keine auch nur annähernd vergleichbaren Schutzbestimmungen gibt. Betreffs der legistischen Umsetzung des Schutzanliegens wird der Entwurf dem Anspruch gerecht, eine „Beteiligungsform *sui generis*“⁴³⁾ zu kreieren. Man könnte auch sagen: eine Art Frankenstein aus Versatzstücken aus der Vertragspraxis, dem Übernahme- und dem Gesellschaftsrecht. Dies macht die Regelung an zahlreichen Stellen unklar, lückenhaft und umgehungsanfällig.

³⁹⁾ Für den Ausschluss nach § 23 ist aber nach hA eine sachliche Rechtfertigung erforderlich (s Eckert/Schopper/Reheis in Eckert/Schopper, AktG-ON¹⁰⁰ § 192 Rz 16).

⁴⁰⁾ Zu Recht kritisch Stellungnahme OGH 63/SN-276/ME 27. GP 4f.

⁴¹⁾ 276/ME 27. GP 7.

⁴²⁾ 276/ME 27. GP 8.

⁴³⁾ 276/ME 27. GP 7.