

§ 65 AktG

Erwerb eigener Aktien

(1) ¹Die Gesellschaft darf eigene Aktien nur erwerben,

1. wenn es zur Abwendung eines schweren, unmittelbar bevorstehenden Schadens notwendig ist;
2. wenn der Erwerb unentgeltlich oder in Ausführung einer Einkaufskommission durch ein Kreditinstitut erfolgt;
3. durch Gesamtrechtsnachfolge;
4. auf Grund einer höchstens 30 Monate geltenden Ermächtigung der Hauptversammlung, wenn die Aktien Arbeitnehmern, leitenden Angestellten und Mitgliedern des Vorstands oder Aufsichtsrats der Gesellschaft oder eines mit ihr verbundenen Unternehmens zum Erwerb angeboten werden sollen;

(IdF BGBl I 2001/42 und BGBl I 2007/72)

5. zur Entschädigung von Minderheitsaktionären, soweit dies gesetzlich vorgesehen ist;
6. auf Grund eines Beschlusses der Hauptversammlung zur Einziehung nach den Vorschriften über die Herabsetzung des Grundkapitals;
7. wenn sie ein Kreditinstitut ist, auf Grund einer Genehmigung der Hauptversammlung zum Zweck des Wertpapierhandels; der Beschluß über die Genehmigung muß bestimmen, daß der Handelsbestand der zu diesem Zweck zu erwerbenden Aktien fünf von Hundert des Grundkapitals am Ende jeden Tages nicht übersteigen darf und muß den niedrigsten und den höchsten Gegenwert festlegen; die Ermächtigung darf höchstens 30 Monate gelten;

(IdF BGBl I 2007/72)

8. auf Grund einer höchstens 30 Monate geltenden Ermächtigung der Hauptversammlung, wenn die betreffenden Aktien börsennotiert im Sinn des § 3 sind. Der Handel in eigenen

Aktien ist als Zweck des Erwerbs ausgeschlossen. ²Die Hauptversammlung kann den Vorstand auch ermächtigen, die eigenen Aktien ohne weiteren Hauptversammlungsbeschluss einzuziehen.

(IdF BGBl I 2009/71)

9. (aufgehoben, BGBl I 2001/42)

(1a) ¹Der Beschluss der Hauptversammlung nach Abs. 1 Z 4 und Z 8 hat den Anteil der zu erwerbenden Aktien am Grundkapital, die Geltungsdauer der Ermächtigung sowie den niedrigsten und den höchsten Gegenwert festzulegen. ²Börsennotierte Gesellschaften haben einen Beschluss gemäß Abs. 1 Z 4, 6 und 8 sowie unmittelbar vor der Durchführung das darauf beruhende Rückkaufprogramm, insbesondere dessen Dauer, gemäß § 18 zu veröffentlichen; dasselbe gilt sinngemäß für die Veräußerung eigener Aktien mit Ausnahme von Veräußerungen nach Abs. 1 Z 7.

(IdF BGBl I 2001/42, BGBl I 2009/71)

(1b) ¹Auf Erwerb und Veräußerung eigener Aktien ist § 47a anzuwenden; Erwerb und Veräußerung über die Börse oder durch ein öffentliches Angebot genügen diesem Erfordernis. ²Die Hauptversammlung kann eine andere Art der Veräußerung beschließen; § 153 Abs. 3 und 4 ist in diesem Fall sinngemäß anzuwenden. ³Die Hauptversammlung kann den Vorstand zu einer anderen Art der Veräußerung auch ermächtigen; diesfalls sind die §§ 169 bis 171 sinngemäß anzuwenden. ⁴Keiner Beschlussfassung der Hauptversammlung bedarf die Veräußerung eigener Aktien zur Bedienung von Aktienoptionen des in Abs. 1 Z 4 genannten Personenkreises.

(IdF BGBl I 2001/42)

(2) ¹Der mit den von der Gesellschaft gemäß Abs. 1 Z 1, 4, 7 und 8 erworbenen Aktien verbundene Anteil am Grundkapital darf zusammen mit den anderen eigenen Aktien, welche die Gesellschaft bereits erworben hat und noch besitzt, zehn von

Hundert des Grundkapitals nicht übersteigen. ²In den Fällen des Abs. 1 Z 1, 4, 5, 7 und 8 ist der Erwerb ferner nur zulässig, wenn die Gesellschaft den Abzug vom Nennkapital und die Bildung der Rücklage gemäß § 229 Abs. 1a UGB vornehmen kann, ohne daß das Nettoaktivvermögen das Grundkapital und eine nach Gesetz oder Satzung gebundene Rücklage unterschreitet. ³In den Fällen des Abs. 1 Z 1, 2, 4, 5, 7 und 8 ist der Erwerb überdies nur zulässig, wenn auf die Aktien der Ausgabebetrag voll geleistet ist.

(IdF BGBl I 1998/125, BGBl I 2001/42 und BGBl I 2015/22)

(3) Der Vorstand hat die Hauptversammlung über den Bestand an eigenen Aktien, über die Gründe, den Zweck und die Art des Erwerbs und der Veräußerung eigener Aktien, über deren Zahl, bei Nennbetragsaktien über deren Nennbetrag, bei Stückaktien über deren anteiligen Betrag des Grundkapitals sowie jeweils über den auf die Aktien entfallenden Anteil am Grundkapital und über den Gegenwert der Aktien oder des Veräußerungspreises sowie über die Verwendung des Erlöses zu unterrichten.

(IdF BGBl I 2001/42)

(4) ¹Die Wirksamkeit des Erwerbs eigener Aktien wird durch einen Verstoß gegen Abs. 1, 1a, 1b oder 2 nicht berührt. ²Ein schuldrechtliches Geschäft über den Erwerb eigener Aktien ist rechtsunwirksam, soweit der Erwerb gegen Abs. 1, 1a, 1b oder 2 verstößt.

(IdF BGBl I 2001/42)

(5) ¹Aus eigenen Aktien stehen der Gesellschaft keine Rechte zu. ²Ein Tochterunternehmen (§ 189a Z 7 UGB) oder ein anderer, dem Aktien für Rechnung der Gesellschaft oder eines Tochterunternehmens (§ 189a Z 7 UGB) gehören, kann aus diesen Aktien das Stimmrecht und das Bezugsrecht nicht ausüben.

(IdF BGBl I 2015/22)

(IdF BGBl 1996/304)

Gliederung	Rz
I. Gesetzliche Regelung und Zweck.....	1
II. Erwerb eigener Aktien	4
A. Erlaubnistatbestände	5
B. Weitere Voraussetzungen für den zulässigen Erwerb eigener Aktien	47
C. Sanktionen bei unerlaubtem Erwerb (§ 65 Abs 4 AktG) ..	50
III. Halten eigener Aktien.....	53
A. Berichts- und Publizitätspflichten (§ 65 Abs 1a, 3 AktG).....	53
B. Rechte und Pflichten aus eigenen Aktien (§ 65 Abs 5 AktG)	57
C. Bilanzierung eigener Aktien	59
D. Wechselseitige Beteiligungen, Ringbeteiligungen.....	61
IV. Veräußerung eigener Aktien.....	65
A. Keine allgemeine Veräußerungspflicht, Kompetenz für Veräußerungen	65
B. Debt-equity-swap/Scrip dividend mit Auskehr eigener Aktien	67
C. Weiterübertragung im Konzernverbund	69
D. Voraussetzungen für die zulässige Veräußerung eigener Aktien	70
E. Veröffentlichung und Bilanzierung der Veräußerung eigener Aktien	73

I. Gesetzliche Regelung und Zweck

- 1 § 65 AktG – der mit den §§ 65a–66a AktG eine systematische Einheit bildet – behandelt den **derivativen** Erwerb eigener Aktien. Prinzipiell unzulässig ist der **originäre Erwerb** eigener Aktien im Zuge einer Kapitalerhöhung – direkt oder über ein Tochterunternehmen (§ 51 Abs 2 AktG iVm § 189a Z 7 UGB) –, weil dieser an der Kapitalaufbringungskontrolle scheitert.¹

1 Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 51 Rz 7.

Der **derivative Erwerb** eigener Aktien ist grds **verboten**. Das Gesetz sieht aber in § 65 AktG (ausdrücklich) **Erlaubnistatbestände** vor. Wegen § 52 letzter S AktG gilt die Zahlung des (angemessenen) Erwerbspreises beim zulässigen Erwerb eigener Aktien nicht als **verbotene Einlagenrückgewähr** (s aber Rz 5, 30, 47, 67). Der **Hauptzweck** der Regelungen zum (nur eingeschränkt zulässigen) Erwerb eigener Aktien durch eine AG liegt darin, zu verhindern, dass die AG einem Aktionär Vermögen in Form eines Entgelts zuwendet und im Gegenzug mit diesem Entgelt ihre eigenen Aktien, dh einen **unsicheren Vermögenswert**, erwirbt. 2

§ 65 AktG regelt insb die materiellen und formellen Voraussetzungen für den **zulässigen Erwerb** und die **zulässige Veräußerung** eigener Aktien und legt ferner **Berichtspflichten** (Abs 3) sowie die Rechtsfolgen des **unzulässigen Erwerbs** eigener Aktien (Abs 4) und des **zulässigen Haltens** eigener Aktien (Abs 5) fest. Allfällige **Veräußerungspflichten** ergeben sich aus § 65a AktG. 3

II. Erwerb eigener Aktien

Im Anwendungsbereich der Erlaubnistatbestände kann der Erwerb eigener Aktien zulässig sein. Soweit aber kein Erlaubnistatbestand eingreift, verbietet § 65 AktG **zwingend**² jeglichen derivativen Erwerb eigener Aktien, ob durch Rechtsgeschäft oder in anderer Weise, ob isoliert oder zusammen mit anderem Vermögen.³ Auch (allenfalls kurzfristige) Zwischenerwerbe oder treuhändige Erwerbe sind diesfalls grds unzulässig.⁴ 4

2 OLG Wien 17. 5. 2005, 28 R 68/05h = GES 2005, 371; OGH 26. 4. 2001, 6 Ob 4/01h.

3 Zur GmbH *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 81 Rz 4.

4 Vgl *Karollus* in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 65 Rz 6/2; *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 65 Rz 15; *Auer* in Gruber/Harrer, GmbHG § 81 Rz 8, 9; *Bauer/Zehetner* in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 81 Rz 15; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 81 Rz 4.

A. Erlaubnistatbestände

- 5 Sofern der Erwerb eigener Aktien zumindest einen Erlaubnistatbestand (Abs 1 Z 1–8) erfüllt, ist er mE grds zulässig. Ein nach einem Erlaubnistatbestand zulässiger Erwerb kann grds nicht wegen Nichterfüllung eines anderen Tatbestands unzulässig sein. Jeder dem Grunde nach erlaubte Erwerb muss aber **zusätzlich** (also kumulativ zu den Voraussetzungen gem § 65 AktG) **drittvergleichsfähig/betrieblich gerechtfertigt** sein (s § 52 AktG), weil er sonst – insb bei überhöhtem Erwerbspreis – gegen § 52 AktG (Verbot der Einlagenrückgewähr) verstoßen kann (s Rz 30, 47, 67).⁵

1. Allgemeine Kriterien

- 6 Bei **einzelnen** Erlaubnistatbeständen sind gewisse (**starre**) **Erwerbsgrenzen** einzuhalten, die nachstehend zunächst abstrakt – dh noch losgelöst von den einzelnen Erlaubnistatbeständen, bei denen sie ggf anwendbar sind – beschrieben werden:

a) 10 %-Erwerbsgrenze (§ 65 Abs 2 S 1 AktG)

- 7 Die 10 %-Erwerbsgrenze bestimmt, dass der Erwerb eigener Aktien ggf nur dann erlaubt ist, wenn der Hinzuerwerb eigener Aktien – unter Berücksichtigung der bereits bei der AG vorhandenen eigenen Aktien sowie der ihr über **Tochterunternehmen** oder **Treuhänder** sowie wegen Inpfandnahmen zurechenbaren eigenen Aktien – nicht dazu führt, dass der Anteil an eigenen Aktien 10 % des Grundkapitals übersteigt (§ 65 Abs 2 S 1 AktG).⁶
- 8 Die 10 %-Erwerbsgrenze ist bei den Erlaubnistatbeständen gem Z 1 (**Schadensabwehr**), Z 4 (**Erwerb für Arbeitnehmer**), Z 7

5 OGH 18. 7. 2011, 6 Ob 33/11p = GesRZ 2011, 361 (Hügel); Kals/Eckert, GesRZ 2007, 222 (224); Saria, NZG 2000, 458 (459 ff); Karollus in Leitner, HB vGA², 1 (27).

6 Karollus in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 65 Rz 11.

(Wertpapierhandel) und Z 8 (zweckneutraler Erwerb bei börsennotierten Gesellschaften) zu beachten. Von der 10 %-Erwerbsgrenze zu unterscheiden ist die **Veräußerungspflicht** gem § 65a Abs 2 AktG bei an sich zulässiger Überschreitung der 10 %-Grenze (10 %-Bestandsgrenze).

b) Kapitalgrenze ((§ 65 Abs 2 S 2 AktG)

Die **Kapitalgrenze** soll ggf sicherstellen, dass die Gegenleistung für den Erwerb eigener Aktien nur aus freien Mitteln der Gesellschaft geleistet werden kann.⁷ Der schwer verständliche Wortlaut der Regelung meint mE, dass in der Bilanz das Nettoaktivvermögen zu Buchwerten (Eigenkapital) nach Umsetzung aller bilanzrechtlich gebotenen Maßnahmen – die im Ergebnis zu einer Reduktion des Eigenkapitals um die Anschaffungskosten für die eigenen Aktien führen (s Rz 59) – immer noch zumindest die Summe aus Grundkapital und gebundenen Rücklagen decken muss.⁸

Die Kapitalgrenze ist bei den Erlaubnistatbeständen gem Z 1 (Schadensabwehr), Z 4 (Erwerb für Arbeitnehmer), Z 5 (Entschädigung von Minderheitsaktionären), Z 7 (Wertpapierhandel) und Z 8 (zweckneutraler Erwerb bei börsennotierten Gesellschaften) zu beachten.

c) Volleinzahlung (§ 65 Abs 2 S 1 AktG)

Das **Volleinzahlungsgebot** verlangt, dass ggf nur eigene Aktien erworben werden, auf die die gesamte Einlage einschließlich eines korporativen Agios ordnungsgemäß geleistet ist.⁹ Die Volleinzah-

7 G. Moser, *ecolex* 2016, 793 (794).

8 H. Foglar-Deinhardstein in FAH, *GmbHG* § 81 Rz 30; vgl H. Foglar-Deinhardstein/Trettnak, *RWZ* 2014, 7 (8) mwN; so wohl auch Karollus, *GES* 2017, 184; Karollus in Artmann/Karollus, *AktG*⁶ § 65 Rz 76/2, 77.

9 Karollus in Artmann/Karollus, *AktG*⁶ § 65 Rz 78; Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, *AktG*² § 65 Rz 122.

lung des gesamten Grundkapitals – also auch der Anteile der übrigen Aktionäre – ist mE nicht verlangt (str).¹⁰

- 12 Das Volleinzahlungsgebot ist bei den Erlaubnistatbeständen gem Z 1 (Schadensabwehr), Z 2 (unentgeltlicher Erwerb oder Einkaufskommission), Z 4 (Erwerb für Arbeitnehmer), Z 5 (Entschädigung von Minderheitsaktionären), Z 7 (Wertpapierhandel) und Z 8 (zweckneutraler Erwerb bei börsennotierten Gesellschaften) zu beachten.

2. Erwerb zur Schadensabwehr (§ 65 Abs 1 Z 1 AktG)

- 13 Gem Abs 1 Z 1 darf eine AG eigene Aktien erwerben, wenn dies zur Abwehr eines schweren, unmittelbar bevorstehenden Schadens notwendig ist. Die Kompetenz für derartige Erwerbsmaßnahmen liegt beim Vorstand.¹¹
- 14 Voraussetzung für den Erwerb zur Schadensabwehr ist, dass ein Schaden für die Gesellschaft droht; ein bloß den Aktionären drohender Schaden genügt nicht.¹² Auch die Beseitigung eines bereits eingetretenen Schadens kann den Erlaubnistatbestand erfüllen.¹³ Mögliche Anwendungsfälle sind Gegenmaßnahmen bei **schweren Kursstürzen** (nicht aber reine Kurspflagemassnahmen),¹⁴ der

10 H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG § 81 Rz 15; Auer in Gruber/Harrer, GmbHG² § 81 Rz 30; Kalss/Eckert, GesRZ 2007, 222 (223 f); Ebner/Köppl in Torggler, GmbHG § 81 Rz 7; wohl auch Karollus in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 65 Rz 78; aA Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 81 Rz 8; Bauer/Zehetner in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 81 Rz 43.

11 Karollus in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 65 Rz 15.

12 Karollus in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 65 Rz 16; Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 65 Rz 21.

13 Karollus in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 65 Rz 16; Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 65 Rz 19.

14 Karollus in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 65 Rz 17; Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 65 Rz 22.

Auskauf notorisch opponierender und die Gesellschaft extrem behindernder **lästiger Aktionäre**,¹⁵ Maßnahmen zur **Abwehr von Übernahmeversuchen** – soweit solche Maßnahmen nicht nach dem ÜbG verboten sind –,¹⁶ die Beschaffung von Aktien, die zur **Erfüllung von Pflichten** der Gesellschaft, zB **aus Wandelschuldverschreibungen** oder **aus Aktienoptionen**, benötigt werden¹⁷ sowie der Erwerb von eigenen Aktien zur **Sicherung oder Hereinbringung von Forderungen der Gesellschaft gegen einen Aktionär**,¹⁸ wobei die Gesellschaft zur Hereinbringung ihrer Forderung mE auch Exekution auf eigene Aktien führen darf.¹⁹

Beim Erwerb zur Schadensabwehr ist weiters die Einhaltung der **10 %-Erwerbsgrenze** (s Rz 7), der **Kapitalgrenze** (s Rz 9) und des **Volleinzahlungsgebots** (s Rz 11) verlangt. 15

3. Unentgeltlicher Erwerb (§ 65 Abs 1 Z 2 1. Fall AktG)

Gem Abs 1 Z 2 1. Fall darf eine AG eigene Aktien im Wege der Einzelrechtsnachfolge **unentgeltlich** – insb durch **Schenkung, Legat** oder **Einbringung ohne Anteilsgewähr (Sachzuschuss)**²⁰ oder auch bei **umgründungsbedingtem Erwerb** der Anteile eines aus tretenden Aktionärs, wenn dessen **Barabfindung von dritter Seite** zur Verfügung gestellt wird (s Rz 29 f) – erwerben. Die Kompetenz für derartige Erwerbsmaßnahmen liegt beim **Vorstand**.²¹ 16

15 *Karollus* in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 65 Rz 18; *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 65 Rz 20.

16 *Karollus* in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 65 Rz 19; *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 65 Rz 22.

17 Vgl (skeptisch) *Karollus* in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 65 Rz 20.

18 *Karollus* in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 65 Rz 20; *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 65 Rz 22.

19 Allg zur GmbH *H. Foglar-Deinhardstein* in FAH, GmbHG § 81 Rz 13 f.

20 Vgl zur Einbringung (Sachzuschuss) allg *H. Foglar-Deinhardstein/Vinazer*, ÖBA 2016, 486 (488) mwN.

21 *Karollus* in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 65 Rz 23.

- 17 Der unentgeltliche Erwerb ist nur zulässig, soweit die Aktien **voll einbezahlt** sind (s Rz 11 f).²² Die Volleinzahlung muss bereits vor dem (allenfalls aufschiebend bedingten) Erwerb bestehen, kann also grds nicht durch Verrechnung mit einem von der Gesellschaft im Zuge des Erwerbs des eigenen Anteils erst zu leistenden Kaufpreis hergestellt werden.²³ Rechtlich irrelevant ist, wie hoch die zu erwerbende Beteiligungsquote ist (keine 10 %-Erwerbsgrenze), und ob die Rücklage gem § 229 Abs 1a UGB aus freien Mitteln der Gesellschaft gebildet werden kann (keine Kapitalgrenze).

4. Einkaufskommission durch ein Kreditinstitut (§ 65 Abs 1 Z 2 2. Fall AktG)

- 18 Gem Abs 1 Z 2 2. Fall darf eine AG, die ein **Kreditinstitut** ist, eigene Aktien in Ausführung einer **Einkaufskommission** erwerben. Dadurch soll dem Kreditinstitut der Handel mit eigenen Aktien auf Rechnung des Kunden ermöglicht werden.
- 19 Die betreffenden Aktien müssen **voll eingezahlt** sein (s Rz 11 f); 10 %-Erwerbsgrenze und Kapitalgrenze sind nicht anwendbar.²⁴

5. Erwerb durch Gesamtrechtsnachfolge (§ 65 Abs 1 Z 3 AktG)

- 20 Gem Abs 1 Z 3 darf eine AG eigene Aktien im Wege der **erbrechtlichen oder gesellschaftsrechtlichen Gesamtrechtsnachfolge** erwerben. Die Kompetenz für derartige Erwerbsmaßnahmen liegt beim **Vorstand**.²⁵ Der Erwerb durch Gesamtrechtsnachfolge ist aber **unzulässig**, wenn die Gesellschaft im sachlichen und zeitlichen Zusammenhang eine Gegenleistung (außer der Gewährung von Aktien aus einer umgründungsbedingten Kapitalerhöhung)

22 *Wolkerstorfer*, NZ 2016, 367 (369).

23 Vgl *Klein*, NZG 2016, 1241 (1242, 1243 f) mwN.

24 *Karollus* in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 65 Rz 26.

25 *Karollus* in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 65 Rz 28.

erbringt,²⁶ sofern in einem solchen Fall nicht die Rücklage gem § 229 Abs 1a UGB aus freien Mitteln gebildet werden kann (Kapitalgrenze – s Rz 9)²⁷ oder aber für die Gegenleistung ein Wertausgleich zugunsten der Gesellschaft erfolgt. Eine derartige (ohne Ausgleichsmaßnahme verpönte) Gegenleistung kann etwa in der umgründungsbedingten Übernahme eines Vermögens mit negativem Verkehrswert liegen oder bei einer Anwachsung gem § 142 UGB in der Leistung einer Abfindungszahlung an den/die ausscheidenden Personengesellschafter; beide Konstellationen wären im Übrigen auch an § 52 AktG zu messen.²⁸

Ansonsten spielen Höhe der Beteiligungsquote (10 %-Erwerbsgrenze), Volleinzahlung und Bildung der Rücklage gem § 229 Abs 1a UGB aus freien Mitteln (Kapitalgrenze) keine rechtlich relevante Rolle. Der Erwerb nicht voll einbezahlter Aktien führt mE nur zu einem **Ruhen**, nicht aber zu einem Erlöschen **der Einlageforderung** (str).²⁹ Allenfalls offene Einlageforderungen sind aber mE – in Hinblick auf den Wiederveräußerungswert der eigenen Aktien – bei Bewertungsfragen, die sich sowohl im Erb- als auch im Umgründungsrecht stellen können, zu berücksichtigen.³⁰

Im Zuge von **Umgründungen** kann es zum Erwerb eigener Anteile durch die AG im Wege der (**allenfalls partiellen**) **Gesamtrechtsnachfolge** kommen, uzw insb:

26 Auer in Gruber/Harrer, GmbHG² § 81 Rz 8.

27 Bauer/Zehetner in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 81 Rz 14, 38, 39, 49; Kalss/Eckert, GesRZ 2007, 222 (224).

28 H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG § 81 Rz 16; vgl zur Verschmelzung Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein, Verschmelzung VII. C Rz 8 ff, Rz 26 ff.

29 Vgl Karollus in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 65 Rz 99/1; Artmann in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 60 Rz 6; Wolkerstorfer, NZ 2016, 367 (370 f, 372); H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG § 81 Rz 16, 47.

30 H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG § 81 Rz 16.

- bei der **Verschmelzung** (oder allenfalls auch grenzüberschreitenden Import-Verschmelzung) einer Gesellschafterin in der Rechtsform einer GmbH/AG/SE auf die Gesellschaft (**Down-stream-Merger**) – die AG erwirbt die Beteiligung an sich selbst, die bisher von der übertragenden GmbH/AG/SE gehalten wurde, als deren Gesamtrechtsnachfolgerin;
- bei der **Spaltung** von Vermögen einer Aktionärin in der Rechtsform einer GmbH/AG/SE zur Aufnahme in die Gesellschaft (**Down-stream-Spaltung**), wenn dieses abgespaltene Vermögen auch eine Beteiligung an der AG umfasst – die AG erwirbt die Beteiligung an sich selbst, die bisher von der übertragenden GmbH/AG/SE gehalten wurde, als deren partielle Gesamtrechtsnachfolgerin;
- bei der **Anwachsung** gem § 142 UGB des Vermögens einer Personengesellschaft, wenn dieses anwachsende Vermögen auch eine Beteiligung an der AG umfasst;³¹
- bei der **Einbringung von Bankbetrieben** gem § 92 BWG oder **von Versicherungsbetrieben** gem §§ 62 ff VAG 2016.³²

[. . .]

31 H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG § 81 Rz 18 mN zu skeptischen Meinungen.

32 Karollus in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 65 Rz 27.

Zweiter Abschnitt Maßnahmen der Kapitalbeschaffung

Erster Unterabschnitt Kapitalerhöhung

§ 149 AktG Voraussetzungen

(1) ¹Eine Erhöhung des Grundkapitals durch Ausgabe neuer Aktien kann nur mit einer Mehrheit beschlossen werden, die mindestens drei Viertel des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals umfaßt. ²Die Satzung kann diese Mehrheit durch eine andere Kapitalmehrheit ersetzen und noch andere Erfordernisse aufstellen. ³Bei Gesellschaften mit Stückaktien muß sich die Gesamtzahl der Aktien im Verhältnis des Erhöhungsbetrags zum bisherigen Grundkapital vergrößern.

(IdF BGBl I 1998/125)

(2) Sind mehrere Gattungen von stimmberechtigten Aktien vorhanden, so bedarf der Beschluß der Hauptversammlung zu seiner Wirksamkeit eines in gesonderter Abstimmung gefaßten Beschlusses der Aktionäre jeder Gattung; für diesen gilt Abs. 1.

(IdF BGBl I 2009/71)

(3) Sollen die neuen Aktien für einen höheren Betrag als den geringsten Ausgabebetrag ausgegeben werden, so ist der Mindestbetrag, unter dem sie nicht ausgegeben werden sollen, im Beschluß über die Erhöhung des Grundkapitals festzusetzen.

(IdF BGBl I 1998/125)

(4) ¹Das Grundkapital darf nicht erhöht werden, solange noch ausstehende Einlagen auf das bisherige Grundkapital geleistet werden können. ²Für Versicherungsgesellschaften kann die Satzung etwas anderes bestimmen. ³Stehen Einlagen in verhältnismäßig unerheblichem Umfang aus, so hindert dies die Erhöhung des Grundkapitals nicht.

Gliederung	Rz
I. Bedeutung der Norm	1
II. Verfahren der Kapitalerhöhung	4
III. Beschlussfassung über die Kapitalerhöhung	6
A. Der Kapitalerhöhungsbeschluss	6
B. Zwingender Inhalt des Kapitalerhöhungsbeschlusses	8
C. Fakultativer Inhalt des Kapitalerhöhungsbeschlusses..	14
D. Beschlussfassung (Abs 1).....	18
IV. Satzungsänderung	22
V. Sonderbeschluss der Aktiengattungen (Abs 2)	23
VI. Ausstehende Einlagen (Abs 4)	26
VII. Widerruf und Abänderung des Kapitalerhöhungs-	
beschlusses	27
VIII. Sonderfälle der Kapitalerhöhung	29
A. Kapitalerhöhung in der Tochtergesellschaft.....	29
B. Kapitalerhöhung im Gründungsstadium	30
C. Kapitalerhöhung im Liquidationsstadium	31
D. Kapitalerhöhung in der Insolvenz	33
E. Debt-Equity-Swap	35
IX. Abgabe von Gewährleistungen und Garantien iZm	
Kapitalerhöhungen.....	36

I. Bedeutung der Norm

- 1 § 149 AktG ist die zentrale Norm der **Kapitalerhöhung** und regelt die **Zufuhr von Eigenkapital** an die AG (effektive Kapitalerhöhung).¹ Die Zeichner der Kapitalerhöhung führen der AG unbedingte, unkündbare, unbefristete und nicht verzinsten Geldmittel zu.² Darüber hinaus ist Eigenkapital nicht konkursfest, dh Verluste

1 Winner in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 149 Rz 1; Nagele/Lux in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 149 Rz 1; Hüffer/Koch, AktG¹³ § 182 Rz 1.

2 Winner in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 149 Rz 2; Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, GesR² Rz 3/898.

gehen zu Lasten des Eigenkapitals.³ Neben der effektiven Kapitalerhöhung sieht das AktG noch die bedingte Kapitalerhöhung (§§ 159–168 AktG) sowie das genehmigte Kapital (§§ 169–173 AktG) vor.⁴ Keine Kapitalerhöhung im eigentlichen Sinne (weil kein Vermögenszufluss erfolgt) ist die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln.⁵⁶

Der **wirtschaftliche Zweck** einer Kapitalerhöhung kann vielfältig sein, etwa die Finanzierung von Akquisitionen, Expansionen, Investitionen, die Verbesserung der Eigenkapitalquote, der Bonität und Liquidität. Nach der hL bedarf eine solche effektive Kapitalerhöhung keiner Rechtfertigung. Der Kapitalerhöhungsbeschluss muss auch keinen bestimmten Zweck festsetzen. Die aus der Kapitalerhöhung gewonnenen Mittel können für jeden beliebigen zulässigen Zweck verwendet werden.⁷

§ 149 AktG bestimmt die **Zuständigkeit der HV** und legt die **Mehrheitserfordernisse** für die Beschlussfassung über eine Kapitalerhöhung sowie den Umfang, in dem diese Mehrheitserfordernisse durch Satzungsgestaltung geändert werden können, fest (Abs 1 S 2). Nach Abs 1 S 3 muss sich bei Stückaktien die Anzahl der Aktien im Rahmen der Kapitalerhöhung erhöhen. Nach Abs 2 ist bei Vorhandensein verschiedener Aktiengattungen ein **Sonderbeschluss** der betroffenen Aktionäre erforderlich. Abs 3 verlangt die Angabe eines **Mindestbetrages bei Über-pari-Emission**. Abs 4 legt den Grundsatz der **Subsidiarität** der effektiven Kapitalerhöhung fest, wonach eine solche erst durchgeführt werden darf, wenn alle Einlagen geleistet wurden.

3 *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, GesR² Rz 3/898.

4 *Winner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 149 Rz 4; *Hüffer/Koch*, AktG¹³ § 182 Rz 2.

5 *Winner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 149 Rz 4.

6 *Winner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 149 Rz 55; *Hüffer/Koch*, AktG¹³ § 179 Rz 29.

7 *Prinz* in *FAH, GmbHG* § 52 Rz 1.

II. Verfahren der Kapitalerhöhung

- 4 Grundsätzlich unterscheidet man zwei Abschnitte der Kapitalerhöhung: den **Kapitalerhöhungsbeschluss** und die **Durchführung der Kapitalerhöhung**.⁸ Folgende Schritte sind erforderlich:⁹
- Beschlussfassung in der HV über die Kapitalerhöhung nach § 149 AktG
 - Anmeldung der (beabsichtigten) Kapitalerhöhung zum FB (§ 151 AktG)
 - Zeichnung der neuen Aktien (§ 152 AktG)
 - Einzahlung des Mindestbetrages (§ 155 Abs 2 AktG)
 - Anmeldung der Durchführung der Kapitalerhöhung samt Änderung der Satzung
 - Eintragung in das FB
 - Ausgabe der neuen Aktien
- 5 In der Praxis wird zumeist mit der Anmeldung der beabsichtigten Kapitalerhöhung (lit b) bis zur Anmeldung der Durchführung der Kapitalerhöhung (lit e) zugewartet. Dies ist nach § 155 Abs 4 AktG zulässig. Bei börsennotierten Gesellschaften weicht dieses Verfahren zumeist insoweit ab, als nicht die zukünftigen Aktionäre selbst, sondern Emissionsbanken die neuen Aktien zeichnen und die Aktionäre diese derivativ erwerben.¹⁰

8 *Nagele/Lux* in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 149 Rz 6; *Hüffer/Koch*, AktG¹³ § 182 Rz 3; *Servatius* in Spindler/Stilz, AktG⁴ § 182 Rz 4; *Schürnbrand* in MüKo AktG⁴ § 182 Rz 4.

9 Vgl *Winner* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 149 Rz 8; *Nagele/Lux* in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 149 Rz 6; *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, GesR² Rz 3/905; *Hüffer/Koch*, AktG¹³ § 182 Rz 3; *Servatius* in Spindler/Stilz, AktG⁴ § 182 Rz 4; *Schürnbrand* in MüKo AktG⁴ § 182 Rz 5.

10 *Winner* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 149 Rz 8; *Hüffer/Koch*, AktG¹³ § 182 Rz 5; *Servatius* in Spindler/Stilz, AktG⁴ § 182 Rz 5; *Schürnbrand* in MüKo AktG⁴ § 182 Rz 6ff; s auch § 153 AktG Rz 44.

III. Beschlussfassung über die Kapitalerhöhung

A. Der Kapitalerhöhungsbeschluss

Der Kapitalerhöhungsbeschluss hat zwingend durch die HV zu erfolgen. Der Vorstand kann die Gesellschaft nicht zur Vornahme oder zur Unterlassung einer Kapitalerhöhung verpflichten.¹¹ Eine Zusage des Vorstands, dass er eine Kapitalerhöhung durchführen oder dass er innerhalb eines bestimmten Zeitraums keine solche durchführen werde, ist nicht wirksam. Die Gesellschaft ist daran nicht gebunden und haftet dafür auch nicht gegenüber demjenigen, dem die Zusage gemacht wurde.¹² Allenfalls macht sich der Vorstand persönlich haftbar.¹³ 6

Der zwingende und der fakultative Inhalt des Kapitalerhöhungsbeschluss werden in § 149 AktG nur sehr lückenhaft geregelt. § 149 AktG legt mit Ausnahme der Höhe des Ausgabebetrages und der Erhöhung der Gesamtzahl der Stückaktien nichts Weiteres fest. Weitere Regelungen enthalten § 150 Abs 1 AktG zu Sacheinlagen, § 153 Abs 4 AktG zum Bezugsrechtsausschluss und § 153 Abs 6 AktG zum mittelbaren Bezugsrecht. Es ist daher im Kapitalerhöhungsbeschluss auf die allg Regelungen zur Änderung der Satzung zurückzugreifen.¹⁴ 7

11 *Nagele/Lux* in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 149 Rz 8/1.

12 *Nagele/Lux* in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 149 Rz 8/1.

13 *Nagele/Lux* in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 149 Rz 8/1.

14 *Winner* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 149 Rz 14.

B. Zwingender Inhalt des Kapitalerhöhungsbeschlusses

1. Betrag der Kapitalerhöhung

- 8 Zwingend ist im Kapitalerhöhungsbeschluss das Ausmaß der Erhöhung, der sog **Kapitalerhöhungsbetrag**, anzugeben.¹⁵ Die HV kann ohne weiteres einen exakten Betrag festlegen. Dies ist unproblematisch, solange ein oder mehrere Aktionäre oder eine oder mehrere Emissionsbanken die gesamten Aktien übernehmen. Erfolgt jedoch keine vollständige Zeichnung, so ist die Kapitalerhöhung bei einem festen Erhöhungsbetrag insgesamt gescheitert und kann nicht in das FB eingetragen werden.¹⁶ Aus Gründen der Flexibilität werden in der Praxis – und dies ist auch zulässig – ein **Mindest- und Höchstbetrag** (sogenannte „**Bis-zu-Kapitalerhöhung**“) festgelegt.¹⁷ Dies gilt auch beim mittelbaren Bezugsrecht.¹⁸ Diese Vorgangsweise ist insb dann zu empfehlen, wenn das Ausmaß der Zeichnung bei Beschlussfassung über die Kapitalerhöhung noch nicht feststeht.¹⁹ Die Spannweite zwischen Mindest- und Höchst-

15 Vgl *Winner* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 149 Rz 16; *Nagele/Lux* in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 149 Rz 16; *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, GesR² Rz 3/908; *Hüffer/Koch*, AktG¹³ § 182 Rz 12; *Servatius* in Spindler/Stilz, AktG⁴ § 182 Rz 9; *Schürnbrand* in MüKo AktG⁴ § 182 Rz 41.

16 RG 30. 5. 1903 RGZ 55, 65; *Winner* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 149 Rz 17; *Nagele/Lux* in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 149 Rz 16; *Hüffer/Koch*, AktG¹³ § 182 Rz 12; *Servatius* in Spindler/Stilz, AktG⁴ § 182 Rz 40; *Schürnbrand* in MüKo AktG⁴ § 182 Rz 41.

17 *Winner* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 149 Rz 17; *Nagele/Lux* in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 149 Rz 16; *Winner* in MüKo AktG⁴ § 182 Rz 110; *Hüffer/Koch*, AktG¹³ § 182 Rz 12; *Servatius* in Spindler/Stilz, AktG⁴ § 182 Rz 41; *Schürnbrand* in MüKo AktG⁴ § 182 Rz 42.

18 S dazu § 153 AktG Rz 44.

19 Ein bloßer Fixbetrag wird iZw auch nicht in einen Höchstbetrag „*umgewandelt*“ (*Winner* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 149 Rz 17; *Hüffer/Koch*, AktG¹³ § 182 Rz 12; *Servatius* in Spindler/Stilz, AktG⁴ § 182 Rz 40).

betrag kann die HV frei wählen.²⁰ Zulässig ist auch die Festlegung eines Höchstbetrages ohne Mindestbetrag.²¹ Die alleinige Festlegung eines Mindestbetrages ist nicht zulässig;²² der Beschluss ist nichtig.²³ Legt die HV eine Spannweite oder einen Höchstbetrag fest, wird die Durchführung der Kapitalerhöhung nur in dem tatsächlich gedeckten Zeichnungsvolumen in das FB eingetragen. Aus diesem Grund ist es empfehlenswert, eine Frist zur Durchführung der Kapitalerhöhung im Beschluss festzulegen.²⁴ Nach der hL sollte diese Frist knapp bemessen werden, wobei sechs Monate genannt werden.²⁵ Fehlt es an einer solchen Frist, ist die Kapitalerhöhung unverzüglich durchzuführen.²⁶ Problematisch ist der Fall, wenn die Frist zu lange bemessen wird; nach der hL führt eine Frist von über 5 Jahren zur Nichtigkeit des Beschlusses, geringere

20 *Servatius* in Spindler/Stilz, AktG⁴ § 182 Rz 41; *Schürnbrand* in MüKo AktG⁴ § 182 Rz 42.

21 *Winner* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 149 Rz 17; *Nagele/Lux* in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 149 Rz 16; *Hüffer/Koch*, AktG¹³ § 182 Rz 12; *Servatius* in Spindler/Stilz, AktG⁴ § 182 Rz 41; *Schürnbrand* in MüKo AktG⁴ § 182 Rz 42.

22 *Winner* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 149 Rz 17; *Nagele/Lux* in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 149 Rz 16; *Hüffer/Koch*, AktG¹³ § 182 Rz 12; *Servatius* in Spindler/Stilz, AktG⁴ § 182 Rz 41.

23 *Hüffer/Koch*, AktG¹³ § 182 Rz 12.

24 *Winner* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 149 Rz 18; *Nagele/Lux* in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 149 Rz 17; *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, GesR² Rz 3/908; *Hüffer/Koch*, AktG¹³ § 182 Rz 12, 14; *Servatius* in Spindler/Stilz, AktG⁴ § 182 Rz 42; *Schürnbrand* in MüKo AktG⁴ § 182 Rz 44.

25 *Winner* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 149 Rz 18; OLG München NZG 2009, 1274, 1275; *Hüffer/Koch*, AktG¹³ § 182 Rz 13; *Servatius* in Spindler/Stilz, AktG⁴ § 182 Rz 44.

26 *Winner* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 149 Rz 17; *Nagele/Lux* in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 149 Rz 7; *Hüffer/Koch*, AktG¹³ § 182 Rz 12; *Servatius* in Spindler/Stilz, AktG⁴ § 182 Rz 42.

Abweichungen führen zur Anfechtung.²⁷ Die Durchführung der Kapitalerhöhung in Tranchen soll unzulässig sein.²⁸

2. Aktientyp

- 9 Die effektive Kapitalerhöhung kann – anders als die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln gem KapBG – nur durch Ausgabe neuer Aktien erfolgen.²⁹ Sind **Nennbetragsaktien** ausgegeben und besteht mehr als ein Nennbetrag, so sind im Beschluss auch der Nennbetrag oder die Nennbeträge der neuen Aktien anzugeben.³⁰ Sind **Stückaktien** ausgegeben, so ist nicht zwingend die Zahl der auszugebenden Stückaktien anzugeben, denn nach Abs 1 S 3 ist die Zahl der auszugebenden Stückaktien durch das Verhältnis von Erhöhungsbetrag zu bisherigem Grundkapital einerseits und durch die bereits vorhandene Aktienzahl andererseits genau festgelegt.³¹ Zu beachten ist, dass nach § 8 Abs 1 AktG eine Gesellschaft

27 *Winner* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 149 Rz 18; so auch *Nagele/Lux* in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 149 Rz 17; *Servatius* in Spindler/Stilz, AktG⁴ § 182 Rz 44.

28 *Winner* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 149 Rz 17; differenzierend *Nagele/Lux* in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 149 Rz 17, wonach eine tranchenmäßige Durchführung insoweit unzulässig sein soll, soweit der Kapitalerhöhungsbeschluss keine anderweitigen konkreten Vorgaben zu Zeitpunkt und Höhe der Tranchen enthält.

29 Es ist nicht zulässig, die bisherige Anzahl der Aktien beizubehalten und bei Stückaktien lediglich die Grundkapitalziffer oder bei Nennbetragsaktien nur die Nennbeträge zu erhöhen (*Winner* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 149 Rz 18; *Nagele/Lux* in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 149 Rz 18; *Servatius* in Spindler/Stilz, AktG⁴ § 182 Rz 47; *Schürnbrand* in MüKo AktG⁴ § 182 Rz 46).

30 *Winner* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 149 Rz 22; *Nagele/Lux* in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 149 Rz 18; *Hüffer/Koch*, AktG¹³ § 182 Rz 13; *Schürnbrand* in MüKo AktG⁴ § 182 Rz 46.

31 *Winner* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 149 Rz 22; *Nagele/Lux* in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 149 Rz 19; *Hüffer/Koch*, AktG¹³ § 182 Rz 13; *Schürnbrand* in MüKo AktG⁴ § 182 Rz 47.

nur Nennbetrags- oder Stückaktien haben kann. Ein Nebeneinander beider Formen ist nicht zulässig.³²

3. Ausgabebetrag (Abs 3)

Weiterer zwingender Inhalt des Kapitalerhöhungsbeschlusses ist die Festlegung des **Ausgabebetrages**. Die Ausgabe der neuen Aktien hat mindestens zum Nennbetrag oder zum anteiligen Betrag des Grundkapitals zu erfolgen (geringster Ausgabebetrag; **Verbot der Unter-pari-Emission**).³³ Ein Kapitalerhöhungsbeschluss, der eine Unter-pari-Emission festlegt, ist nichtig.³⁴ Die Ausgabe zu einem höheren Betrag (eine **Über-pari-Emission**) ist zulässig³⁵ und in der Praxis auch üblich. Das **Aufgeld** kann als dingliches oder schuldrechtliches Agio festgelegt werden. Während das **dingliche Agio** den Regelungen der Kapitalaufbringung unterliegt, dh insb bereits vor Durchführung der Eintragung der Kapitalerhöhung zu leisten ist und von der Bankbestätigung³⁶ sowie auch von der Erklärung des Vorstandes nach § 155 Abs 2 AktG iVm § 29 Abs 1 AktG umfasst sein muss, ist dies bei einem schuldrechtlichen Agio gerade nicht der Fall. Das **schuldrechtliche Agio** ist ein Gesellschafterzuschuss im eigentlichen Sinne und unterliegt nicht den Grundsätzen der Kapitalaufbringung,³⁷ sondern ausschließlich der

10

32 *Winner* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 149 Rz 21; *Nagele/Lux* in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 149 Rz 19; *Schürnbrand* in MüKo AktG⁴ § 182 Rz 46.

33 *Winner* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 149 Rz 25; *Nagele/Lux* in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 149 Rz 31; *Hüffer/Koch*, AktG¹³ § 182 Rz 24; *Schürnbrand* in MüKo AktG⁴ § 182 Rz 50.

34 *Winner* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 149 Rz 25; *Nagele/Lux* in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 149 Rz 31; *Hüffer/Koch*, AktG¹³ § 182 Rz 26.

35 *Winner* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 149 Rz 26; *Nagele/Lux* in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 149 Rz 31; *Hüffer/Koch*, AktG¹³ § 182 Rz 22; *Servatius* in Spindler/Stilz, AktG⁴ § 182 Rz 51.

36 S zur Bankbestätigung § 155 AktG Rz 3.

37 *Winner* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 149 Rz 26a; zur GmbH s *Prinz* in FAH, GmbHG 52 Rz 14; *Hüffer/Koch*, AktG¹³ § 182 Rz 22a; *Servatius* in

schuldrechtlichen Vereinbarung zwischen der AG und dem Zeichner. Das schuldrechtliche Agio muss insb nicht vor Eintragung der Durchführung der Kapitalerhöhung erbracht werden. Üblicherweise wird das schuldrechtliche Agio erst nach Eintragung der Durchführung der Kapitalerhöhung zur Zahlung fällig. Die Zulässigkeit eines solchen schuldrechtlichen Agios ist grds anerkannt.³⁸

- 11 Bei der Festlegung des Ausgabebetrages ist die HV grds frei.³⁹ Die HV kann daher einen genauen Betrag (Festbetrag)⁴⁰ oder einen Mindestbetrag festlegen, unter dem die Ausgabe der neuen Aktien nicht erfolgen darf,⁴¹ oder einen fixen Mindestbetrag mit einem Höchstbetrag kombinieren.⁴² Sie kann die Beträge ziffernmäßig bestimmen oder eine Berechnungsweise festlegen.⁴³
- 12 Legt die HV keinen Ausgabebetrag fest, so hat die Festlegung spätestens vor Eintragung der Durchführung der Kapitalerhöhung zu erfolgen.⁴⁴ Die hL geht in diesem Fall davon aus, dass der Vorstand verpflichtet ist, auch bei fehlender Festlegung über pari

Spindler/Stilz, AktG⁴ § 182 Rz 49a; *Schürnbrand* in MüKo AktG⁴ § 182 Rz 52; *Winner* in MüKo AktG⁴ § 182 Rz 113.

- 38 *Winner* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 149 Rz 26a; *Nagele/Lux* in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 149 Rz 39 (mit dem Hinweis, dass das schuldrechtliche Agio wegen des unterschiedlichen Kapitalschutzes ein dingliches Agio nicht uneingeschränkt substituieren kann); *Hüffer/Koch*, AktG¹³ § 182 Rz 22a; *Servatius* in Spindler/Stilz, AktG⁴ § 182 Rz 50.
- 39 *Nagele/Lux* in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 149 Rz 32; *Hüffer/Koch*, AktG¹³ § 182 Rz 23.
- 40 *Nagele/Lux* in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 149 Rz 32; *Hüffer/Koch*, AktG¹³ § 182 Rz 22; *Servatius* in Spindler/Stilz, AktG⁴ § 182 Rz 52.
- 41 *Winner* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 149 Rz 27; *Nagele/Lux* in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 149 Rz 32; *Hüffer/Koch*, AktG¹³ § 182 Rz 22; *Servatius* in Spindler/Stilz, AktG⁴ § 182 Rz 52.
- 42 *Nagele/Lux* in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 149 Rz 32; *Hüffer/Koch*, AktG¹³ § 182 Rz 22; *Servatius* in Spindler/Stilz, AktG⁴ § 182 Rz 52.
- 43 *Winner* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 149 Rz 27; *Nagele/Lux* in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 149 Rz 32; *Hüffer/Koch*, AktG¹³ § 182 Rz 23.
- 44 *Winner* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 149 Rz 30; *Nagele/Lux* in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 149 Rz 38.

auszugeben, wenn dies aus inhaltlichen Gründen geboten ist.⁴⁵ Ist dies nicht der Fall, so kann auch pari ausgegeben werden.⁴⁶ Ist das Bezugsrecht ausgeschlossen, so muss der Ausgabebetrag **angemessen**⁴⁷ festgelegt werden.⁴⁸ Ist das Bezugsrecht nicht ausgeschlossen, darf der Ausgabebetrag nicht unverhältnismäßig hoch festgesetzt werden, weil dies zu einem **faktischen Bezugsrechtsausschluss** führen kann.⁴⁹ Eine angemessene Festsetzung des Ausgabebetrages ist neben dem Bezugsrechtsausschluss dann zu fordern, wenn die freie Veräußerung des Bezugsrechtes nicht gegeben ist.⁵⁰ Dies kann bei geschlossenen Gesellschaften der Fall sein, sowie bei börsennotierten Gesellschaften, selbst wenn ein Bezugsrechtshandel eingerichtet wurde, jedoch der Börsenkurs unter

45 *Winner* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 149 Rz 29; *Nagele/Lux* in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 149 Rz 32; *Hüffer/Koch*, AktG¹³ § 182 Rz 25; *Schürnbrand* in MüKo AktG⁴ § 182 Rz 60.

46 *Winner* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 149 Rz 32; *Nagele/Lux* in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 149 Rz 37; *Hüffer/Koch*, AktG¹³ § 182 Rz 25.

47 Angemessen bedeutet, dass die neuen Aktien für einen Betrag (Preis) ausgegeben werden, der ihrem tatsächlichen inneren Wert entspricht. Aus Sicht der Altaktionäre ist iZm der Angemessenheit zu fragen, ob der Wert ihrer Beteiligung nach der Kapitalerhöhung zumindest dem Wert ihrer Beteiligung vor der Kapitalerhöhung entspricht. Die gängigsten Bewertungsverfahren zur Bestimmung des objektiven Unternehmenswerts sind die Ertragswert- bzw die Cashflow-orientierten Methoden, wie das DCF Verfahren (*Winner* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 153 Rz 165). An dieser Stelle sei noch angeführt, dass es in der L für zulässig erachtet wird, junge Aktien unter dem inneren Wert auszugeben, und zwar im notwendigen Ausmaß, um ausreichend Kapitalgeber anzuziehen; die damit verbundene Wertverwässerung der Altaktionäre ist im Finanzierungsinteresse der AG hinzunehmen (*Winner* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 153 Rz 161; *Steinhart*, RdW 2013/702, 715, 717 mwN).

48 S dazu § 153 AktG Rz 21.

49 S dazu § 153 AktG Rz 42.

50 *Winner* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 149 Rz 33; *Nagele/Lux* in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 149 Rz 36; *Hüffer/Koch*, AktG¹³ § 182 Rz 23; *Schürnbrand* in MüKo AktG⁴ § 182 Rz 54.

dem tatsächlichen Wert der Gesellschaft liegt.⁵¹ Der OGH hat in diesem Zusammenhang zum GmbH-Recht festgehalten, dass ein angemessener Ausgabepreis dann nicht festzulegen ist, wenn sich die Gesellschafter zwar über die Frage der Kapitalerhöhung nicht einig sind, aber kein Bezugsrechtsausschluss vorliegt, ein rechtsmissbräuchliches Motiv der Mehrheit nicht feststeht, alle Gesellschafter auch wirtschaftlich in der Lage sind, bei der Kapitalerhöhung mitzuziehen, und letztlich eine Interessenabwägung eher gebietet, den Kapitalerhöhungsbeschluss bestehen zu lassen.. Der OGH orientiert sich somit am Maßstab des Rechtsmissbrauchs.⁵² In allen anderen Fällen bedarf es keiner angemessenen Festsetzung des Ausgabebetrag.

- 13 Ist der Ausgabebetrag angemessen festzulegen, macht eine unangemessene Festlegung diesen anfechtbar.⁵³

[...]

51 S *Winner* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 149 Rz 33.

52 OGH 19. 12. 2012, 6 Ob 155/12f. Die Entscheidung des OGH wurde in der L kritisiert; vgl *Steinhart*, RdW 2013/702, 715, 717 mwN; nach *Steinhart* ist jenen Meinungen zu folgen, die sich gegen das Erfordernis des „*Erpressungspotentials*“ wenden und die immer im Fall der Uneinigkeit der Anteilshaber über die Kapitalerhöhung auch bei Gewährung des Bezugsrechts einen angemessenen Preis fordern (vgl *Steinhart*, RdW 2013/702, 715, 717 mwN); vgl dazu auch *Reich-Rohrwig/Rizzi*, *ecolex* 2013, 538, die für den Minderheitsgesellschafter zum Schutz vor Verwässerung ihrer Beteiligung einen Ausgleich, zB in Form eines entsprechenden Ersatzanspruchs, verlangen, wenn ein dem inneren Wert des Unternehmens entsprechendes Agio nicht festgesetzt wird.

53 *Winner* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 149 Rz 35.

Siebenter Teil

Anfechtbarkeit und Nichtigkeit der Hauptversammlungsbeschlüsse und der vom Vorstand festgestellten Jahresabschlüsse

Erster Abschnitt

Anfechtbarkeit

§ 195 AktG

Anfechtungsgründe

(1) Ein Beschluß der Hauptversammlung kann wegen Verletzung des Gesetzes oder der Satzung durch Klage angefochten werden (Anfechtungsklage).

(1a) Bei einer Verletzung der Bestimmungen des § 87 Abs. 1 zweiter Satz, Abs. 3, 4 und 6 können alle in derselben Hauptversammlung gefassten Beschlüsse über die Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern angefochten werden.

(IdF BGBl I 2009/71)

(2) ¹Die Anfechtung kann auch darauf gestützt werden, daß ein Aktionär mit der Stimmrechtsausübung vorsätzlich für sich oder einen Dritten gesellschaftsfremde Sondervorteile zum Schaden der Gesellschaft oder ihrer Aktionäre zu erlangen suchte und der Beschluß geeignet ist, diesem Zweck zu dienen. ²§ 100 Abs. 3 gilt sinngemäß.

(3) Stellt die Hauptversammlung den Jahresabschluß fest, so kann eine Anfechtung auf eine Verletzung der Vorschriften über die Gliederung des Jahresabschlusses nicht gestützt werden, wenn Klarheit und Übersichtlichkeit des Jahresabschlusses nur unwesentlich beeinträchtigt sind.

(4) ¹Wegen unrichtiger, unvollständiger oder verweigerter Erteilung von Informationen kann nur angefochten werden, wenn ein objektiv urteilender Aktionär die Erteilung der Information als wesentliche Voraussetzung für die sachgerechte

Wahrnehmung seiner Teilnahme- und Mitgliedschaftsrechte angesehen hätte. ²Auf unrichtige, unvollständige oder unzureichende Informationen in der Hauptversammlung über die Ermittlung, Höhe oder Angemessenheit des Umtauschverhältnisses (einschließlich barer Zuzahlungen), der Barabfindung oder einer sonstigen Kompensation kann eine Anfechtungsklage nicht gestützt werden, wenn für deren Überprüfung ein besonderes gerichtliches Verfahren vorgesehen ist.

(IdF BGBI I 2009/71)

Gliederung

Rz

I. Einleitung: Grundsätzliches zu den Rechtsfolgen fehlerhafter Willensbildung in der Hauptversammlung ...	1
II. Anfechtungs- versus Nichtigkeitsgründe.....	4
III. Der Gesetzes- und Satzungsverstoß (§ 195 Abs 1 AktG)....	5
IV. Die fehlerhafte AR-Wahl (§ 195 Abs 1a AktG)	8
V. Der besondere Anfechtungsgrund (§ 195 Abs 2 AktG)	9
VI. Gliederungsfehler bei Jahresabschlüssen (§ 195 Abs 3 AktG).....	10
VII. Informationsmängel (§ 195 Abs 4 AktG).....	11

I. Einleitung: Grundsätzliches zu den Rechtsfolgen fehlerhafter Willensbildung in der Hauptversammlung

- 1 Mit den Regeln der fehlerhaften Beschlüsse in der HV soll ein angemessener Ausgleich zw Rechtssicherheit und Rechtsschutz und möglichst rasch Gewissheit über die Bestandskraft von Beschlüssen hergestellt werden; dies liegt im Interesse der Gesellschaft, der Aktionäre und des Rechtsverkehrs.¹ Die fehlerhafte

¹ *Diregger* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² Vor § 195 Rz 2.

Willensbildung in der HV kann folgende drei Rechtsfolgen haben: **Anfechtbarkeit, Nichtigkeit oder Unwirksamkeit.**²

Häufiger als der Nichtigkeitsklage begegnet man in der Praxis der Anfechtung, die in den §§ 195–198 AktG geregelt ist; die Regelungen bei der AG unterscheiden sich deutlich von jenen der GmbH.³ Die §§ 195 ff AktG behandeln nur Beschlussmängel der **Willensbildung in der HV**, nicht aber anderer Organe der AG.⁴

Für vereinzelte schwerwiegende, in § 199 AktG **taxativ aufgezählte Mängel** sieht das AktG die **Nichtigkeit** des Beschlusses vor, andere Verletzungen des Gesetzes oder der Satzung bilden – wie jene ausdrücklich in § 195 Abs 1a–4 AktG genannten Tatbestände – einen Anfechtungsgrund.⁵ **Anfechtbarkeit** ist die (*ex tunc*) **Verzichtbarkeit** von HV- und Sonderbeschlüssen, die Geltung erlangt haben, auch wenn sie fehlerhaft sind.⁶ Anfechtbare HV-Beschlüsse sind zunächst wirksam und bleiben es auch, sofern sie nicht aufgrund einer erfolgreichen **Anfechtungsklage** für nichtig erklärt werden – auf andere nicht geltend gemachte Anfechtungsgründe darf nämlich nicht von Amts wegen Bedacht genommen werden. Erst mit Ablauf der Anfechtungsfrist steht fest, ob ein anfechtbarer HV-Beschluss endgültig Bestand hat, weil er unbekämpft geblieben ist, oder ob darüber im Prozess über die zeitgerecht erhobene Anfechtungsklage entschieden werden muss.⁷ Nichtige sowie anderweitig unwirksame Aktionärsbeschlüsse können nicht im Wege der Anfechtung für nichtig erklärt werden. Die Ungültigkeit von HV-Beschlüssen wegen Nichtigkeit (§ 199 AktG) oder Unwirksamkeit bildet ein vom FB-Gericht amtswegig aufzugreifendes

2 Stelzel in Abram/Oberlechner/Stelzel, HB Hauptversammlung 314.

3 Stelzel in Abram/Oberlechner/Stelzel, HB Hauptversammlung 315 mwN.

4 Dregger in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² Vor § 195 Rz 1; Haider, Anfechtung, Nichtigkeit und Unwirksamkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen, 17 mwN.

5 Dregger in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² Vor § 195 Rz 17.

6 Eckert/Schopper in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 195 Rz 86.

7 Dregger in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² Vor § 195 Rz 18.

Hindernis für die beantragte Eintragung (materielle Prüfungspflicht des FB-Gerichts) derart fehlerhafter Beschlüsse in das FB.⁸ Einem der Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage stattgebenden Urteil kommt **erweiterte Rechtskraftwirkung** zu, sodass das Urteil nicht nur zw der Gesellschaft und dem Kläger wirkt, sondern auch für und gegen alle Aktionäre und Organe.⁹

II. Anfechtungs- versus Nichtigkeitsgründe

- 4 Gerade im Aktienrecht dürfte sich eine klare **Abgrenzung von Anfechtungs- und Nichtigkeitsgründen** bei fehlerhaften Aktionärsbeschlüssen besonders schwierig gestalten. Als Anfechtungsgründe kommen Gesetzes- und Satzungsverstöße in Betracht; die Lit unterteilt ferner in Verfahrens- (Fehler beim Weg der Beschlussfassung oder währenddessen) und Inhaltsmängel (inhaltlicher Verstoß gegen die Rechtsordnung).¹⁰ Während inhaltliche Mängel immer einen Anfechtungsgrund bilden, sind Verfahrensmängel erst ab einer bestimmten Gewichtigkeit rechtswidrig. Während die frühere Rsp eher zur sog „*Kausalitätstheorie*“ tendierte (bei einer Einflusslosigkeit des Verstoßes ist eine Anfechtung nicht möglich), ist heute die „*Relevanztheorie*“ vorherrschend, dh der Zweck der jeweiligen Verfahrensbestimmung ist ausschlaggebend. Demnach sind etwa Verstöße gegen das Teilnahmerecht des antragstellenden Aktionärs jedenfalls anfechtbar – gleich, ob sich der Verstoß auf einen Beschluss ausgewirkt hat oder nicht.¹¹ Seit dem AktRÄG 2009 findet sich dieser Grundsatz auch in § 195 Abs 4 S 1 AktG ausdrücklich wieder, denn wird ein

8 *Diregger* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² Vor § 195 Rz 56.

9 *Nowotny/Fida*, Kapitalgesellschaftsrecht, Umgründungsrecht, Übernahmerecht³ Rz 2/245.

10 *Haider*, Anfechtung, Nichtigkeit und Unwirksamkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen, 17 mwN.

11 *Schröckenfuchs/Ruhm*, Relevanz oder Kausalität? wbl 2003, 461; OGH 18. 7. 2011, 6 Ob 31/11v; OGH 13. 9. 2007, 6 Ob 152/07g; OGH 31. 1. 2013,

tatsächliches Informationsinteresse oder Teilnahme- und Mitgliedschaftsrecht eines Aktionärs verletzt, ist der Verfahrensfehler iS der Relevanztheorie anfechtbar, sofern ein objektiv urteilender Aktionär die Erteilung der Information als wesentliche Voraussetzung für eine sachgerechte Wahrnehmung seiner Teilnahme- und Mitgliedschaftsrechte angesehen hätte.¹² Für Informationsfehler wurde in § 195 Abs 4 AktG damit eindeutig zugunsten der Relevanztheorie entschieden.¹³ Irrelevante Verfahrensmängel – wie bspw, dass der klagende Gesellschafter sich die fehlenden Unterlagen leicht auf anderem Wege hätte besorgen können, oder dass die Redezeit nicht durch den Vorsitzenden, sondern auf Antrag des Vorsitzenden durch die HV beschränkt wurde – sind hingegen auch nach der Relevanztheorie nicht anfechtbar.¹⁴ Offen bleibt allerdings, wie Verfahrensfehler zu beurteilen sind, die keine Informationsmängel begründen.¹⁵

III. Der Gesetzes- und Satzungsverstoß (§ 195 Abs 1 AktG)

Für den Anfechtungsgrund der Gesetzesverletzung kommen im Wesentlichen alle Gesetze im materiellen Sinn sowie Verstöße gegen Verordnungen in Betracht, dh Verstöße gegen das AktG, Verletzungen von UGB, BeteilFG, BWG, ELWOG, InvFG, OeNBG, ÜbG, VAG, WAG uvm.¹⁶ Die Anfechtbarkeit von HV-Beschlüssen wurde vielfach anerkannt, wegen Inhaltsmängeln zB bei Verletzung von

6 Ob 210/12v; OGH 23. 10. 2016, 6 Ob 65/15z; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, *GesR Rz 3/650 f.*

12 *Diregger* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, *AktG² § 195 Rz 89.*

13 *Diregger* in *MüKo AktG⁴ § 243 Rz 167 mwN.*

14 OGH 6. 11. 2008, 6 Ob 91/08p; OGH 23. 10. 2016, 6 Ob 65/15z.

15 *Diregger* in *MüKo AktG⁴ § 243 Rz 168* mit weiteren Ausführungen.

16 *Diregger* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, *AktG² § 195 Rz 6*; *Haider*, *Anfechtung, Nichtigkeit und Unwirksamkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen*, 18 mwN.

Generalklauseln, wie Verletzungen des Gleichbehandlungsgebots, der Treuepflicht und sachlich ungerechtfertigten Bezugsrechtsausschlusses bei Kapitalerhöhung,¹⁷ verspäteter Einberufung der HV, HV an einem unzulässigen Tag/Ort/Uhrzeit, ein in der HV gefasster Beschluss war nicht als Tagesordnungspunkt angekündigt, ein Tagesordnungspunkt war zu ungenau,¹⁸ das Teilnahmerecht wurde verletzt,¹⁹ Ungleichbehandlung bei Zumessung der Redezeit, fehlerhafte Stimmzählung sowie fehlerhafte Feststellung des Beschlussergebnisses,²⁰ die Bestellung von Dienstnehmern einer AG in den AR unter Beibehaltung des Arbeitsverhältnisses,²¹ sowie die Wiederwahl eines AR-Mitglieds, das in der Vergangenheit entgegen dem § 90 AktG Vorstandstätigkeiten ausübte, mit dem Ziel, diesen Zustand zu perpetuieren.²² Hingegen liegt bei Verstoß gegen die Geschlechterquote gem § 86 Abs 8 AktG Nichtigkeit vor.²³

- 6 Ist das Verfahren der Beschlussfassung oder der Beschlussinhalt mit den Bestimmungen der **Satzung** – gemessen an der gültigen Satzung zum Zeitpunkt der Beschlussfassung – nicht in Einklang zu bringen, spricht man von einem Satzungsverstoß.²⁴

17 *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, GesR Rz 3/650 f.

18 Beispielsweise „*Änderungen im Aufsichtsrat*“, „*Änderung des § 12 der Satzung*“.

19 Beispielsweise teilnahmeberechtigter Aktionär/Vertreter wird physisch oder online zur HV nicht zugelassen/zugeschaltet oder wird ungerechtfertigt physisch oder elektronisch von der weiteren Teilnahme ausgeschlossen; OGH 17. 10. 2006, 4 Ob 101/06s.

20 *Diregger* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 195 Rz 61 ff; *Stelzel* in *Abram/Oberlechner/Stelzel*, HB Hauptversammlung 318 mwN und weiteren Beispielen insb zu Verfahrensfehlern.

21 OGH 28. 9. 1960, 6 Ob 246/60.

22 OGH 10. 10. 2002, 6 Ob 97/02m; *Stelzel* in *Abram/Oberlechner/Stelzel*, HB Hauptversammlung 318 ff mwN.

23 *Eckert/Schopper* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 195 Rz 39.

24 *Feltl*, Neues zur Satzungswidrigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen, *ecolex* 2015, 300; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, GesR Rz 3/648; *Eckert*,

Nicht unter diese Gruppe fallen allerdings schuldrechtliche Vereinbarungen zw den Gesellschaftern wie Syndikatsverträge (zur strittigen Beurteilung von omnilateralen Vereinbarungen vgl Rz 7). Trotz Maßgeblichkeit der im Zeitpunkt der Beschlussfassung eingetragenen Satzung ist es zulässig, in ein- und derselben HV sowohl eine Satzungsänderung (ohne Unwirksamkeit derselben) als auch einen darauf beruhenden Ausführungsbeschluss zu fassen, obwohl die Eintragung der Satzungsänderung noch nicht vorgenommen wurde.²⁵ Eine Anfechtung aufgrund von Satzungsverletzungen ist denkbar, wenn ein Nichtaktionär entgegen einer entsprechenden Satzungsklausel in den AR gewählt wird, bei Festlegung einer anderen AR-Mitgliedsvergütung durch HV-Beschluss als in der Satzung vorgesehen, falls ein Bewerber die in der Satzung aufgestellten Kriterien nicht erfüllt, aber trotzdem in den AR gewählt wird, wenn eine von der Satzung festgelegte erhöhte Kapitalmehrheit oder Stimmenmehrheit für bestimmte Beschlüsse nicht eingehalten wird und die Annahme des Antrags trotzdem vom HV-Leiter festgestellt wird, oder bei Beschlüssen, die über den satzungsmäßigen Unternehmensgegenstand hinausgehen und auch nicht mehr durch den unternehmerischen Ermessensspielraum gedeckt sind.²⁶

Werden **schuldrechtliche Vereinbarungen** wie Syndikats-, Pool-, Konsortial- oder Stimmbindungsverträge oder auch Corporate-Governance Kodizes missachtet, ändert dies nichts an der Wirksamkeit der Stimmabgabe; diese ist anfechtungsfest. Dabei spielt es keine Rolle, ob diese Vereinbarungen zw den Gesellschaftern, Gesellschaftern und Gesellschaft oder auch im Verhältnis zu Dritten geschlossen wurden. In einer älteren, vereinzelt gebliebenen Entscheidung zur GmbH hat der OGH eine Anfechtung

7

Ausgewählte Fragen zu fehlerhaften Hauptversammlungsbeschlüssen, in Artmann/Rüffler/Torggler (Hg), *Beschlussmängel* (2018) 72.

25 *Diregger* in Doralt/Nowotny/Kalss, *AktG*² § 195 Rz 10.

26 *Stelzel* in Abram/Oberlechner/Stelzel, *HB Hauptversammlung* 326 f mwN.

ausnahmsweise bei einem omnilateralen Syndikatsvertrag (dem alle Gesellschafter angehören) zugelassen, wenn dieser Ausdruck einer „ausgeprägt personalistischen Struktur“ der Gesellschaft ist oder lediglich die Treuepflicht der Gesellschafter konkretisieren soll.²⁷ Unklar ist, ob diese Überlegungen auch auf die AG übertragbar sind, die neuere Rsp lässt diese Frage offen.²⁸ Diskutiert wird in diesem Zusammenhang zudem, ob auch bei einem omnilateralen Syndikatsvertrag eine anfechtungsfeste Beschlussfassung möglich ist, wenn der Beschluss mit der für die jew Satzungsänderung erforderlichen Mehrheit gefasst wird (§ 41 Abs 1 Z 2 GmbHG analog).²⁹

IV. Die fehlerhafte AR-Wahl (§ 195 Abs 1a AktG)

- 8 Die § 195 Abs 1a–4 AktG nennen Sondertatbestände, die zur Anfechtung berechtigen. Nach Abs 1a sind alle in der HV gefassten Beschlüsse mit Bezug zur **AR-Wahl** – die Kausalität des Regelverstößes für die Wahl eines konkreten AR-Mitglieds spielt keine Rolle – bei folgenden Fehlern anfechtbar: § 87 Abs 1 S 2 AktG (Vergrößerung oder Verkleinerung des AR), § 87 Abs 3 AktG (abgesonderte Beschlussfassung über mehrere AR-Mitglieder, wenn dies von den Aktionären verlangt wird oder bei Börsennotierung), § 87 Abs 4 AktG (Minderheitenvertreter im AR bei Wahl von drei AR-Sitzen, auf den ein Drittel aller Stimmen entfällt) und § 87

27 OGH 26. 8. 1999, 2 Ob 46/97x = ecolcx 2000/351.

28 OGH 13. 10. 2011, 6 Ob 202/10i; 22. 7. 2009, 3 Ob 72/09y. Zum Meinungsstand in der Lit vgl *Eckert/Schopper* in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 195 Rz 16; *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, GesR Rz 3/649; *Diregger* in MüKo AktG⁴ § 243 Rz 164; *ders* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 195 Rz 21.

29 *Eckert*, Ausgewählte Fragen zu fehlerhaften Hauptversammlungsbeschlüssen, in *Artmann/Rüffler/Torggler*, Beschlussmängel (2018) 73; aA *Diregger* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 195 Rz 14; *ders* in MüKo AktG⁴ § 243 Rz 164.

Abs 6 AktG (designierte AR-Mitglieder müssen bei börsennotierten AGs ab dem fünften Werktag vor der HV im Internet samt Erklärung gem § 87 Abs 2 AktG ordnungsgemäß angekündigt werden).³⁰ Mögliche Anfechtungsgründe sind bspw, wenn in einer HV mindestens zwei AR-Mitglieder zu wählen sind und keine gesonderte Abstimmung über jeden AR-Posten stattfindet, oder wenn beantragt wird, dass im Rahmen der Satzungsvorgaben die Zahl der Mitglieder des AR erhöht oder herabgesetzt wird und darüber nicht vor der Wahl der AR-Mitglieder abgestimmt wird. Bei einer nicht börsennotierten AG ist auch ein einheitlicher Abstimmungsprozess zur AR-Mitgliederwahl möglich, sofern kein Widerspruch eines Aktionärs erfolgt, andernfalls stellt auch dies einen Anfechtungsgrund dar. Im Fall des Verstoßes gegen derart grundlegende Regelungen können in Bezug auf die Wahl von AR-Mitgliedern alle entsprechenden Beschlüsse angefochten werden, sodass der gesamte Wahlvorgang zu wiederholen ist.³¹ Es sind sämtliche in der HV gefassten Wahlbeschlüsse anfechtbar, auch wenn der Verfahrensfehler nur ein einziges AR-Mitglied betrifft.³² Es bleibt dem Kläger jedoch unbenommen, nur gegen einzelne Wahlbeschlüsse vorzugehen.³³

V. Der besondere Anfechtungsgrund (§ 195 Abs 2 AktG)

Das Vorhaben eines Aktionärs, das objektiv geeignet ist, mit der 9
Stimmrechtsausübung vorsätzlich für sich oder Dritte **gesellschaftsfremde Sondervorteile** zum Schaden der Gesellschaft oder ihrer Aktionäre zu erlangen, führt dazu, dass der HV-Beschluss anfechtbar ist; es besteht jedoch gem § 101 Abs 3 AktG

30 Eckert/Schopper in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 195 Rz 63.

31 ErlRV 208 BlgNR 24. GP 42 zu § 195 AktG.

32 Diergler in MüKo AktG⁴ § 251 Rz 23.

33 Eckert/Schopper in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 195 Rz 65.

keine Ersatzpflicht des Aktionärs.³⁴ Sondervorteile sind Zuwendungen aller Art, beispielsweise auch eine verbesserte Rechtsstellung, wie die Überlassung von Geschäftschancen, Zuwendungen Dritter. Gesellschaftsfremde Sondervorteile müssen sich wohl auf das Gesellschaftsinteresse zumindest indifferent oder gar negativ auswirken.³⁵ Dienen die angestrebten Sondervorteile schutzwürdigen Interessen, wie zB dem Konzerninteresse, kann auch keine Anfechtung vorgenommen werden.³⁶ Nachdem das schädigende Stimmverhalten eines Aktionärs meist erst nach der HV erkennbar ist, ist eine Anfechtung des schädigenden bzw Sondervorteile suchenden HV-Beschlusses nach Abs 2 ohne die vorherige Erklärung des Widerspruchs zur Niederschrift möglich.³⁷ Darin liegt die eigenständige Bedeutung dieses Sondertatbestands, da sich eine Anfechtbarkeit ansonsten auch bereits aus Abs 1 aufgrund Verletzung der Treupflicht ergeben würde.³⁸

VI. Gliederungsfehler bei Jahresabschlüssen (§ 195 Abs 3 AktG)

- 10 Wenn die Klarheit und Übersichtlichkeit des JA nicht nur unwesentlich³⁹ beeinträchtigt ist und eine Verletzung der Gliederungs-

34 Stelzel in Abram/Oberlechner/Stelzel, HB Hauptversammlung 329 f. Str ist, ob eine Haftung auf § 1295 Abs 2 ABGB gestützt werden könnte, vgl dazu Eckert/Schopper in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 195 Rz 70 mwN.

35 Diregger in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 195 Rz 77 f.

36 Daher sind auch Konzernsachverhalte erfasst, in denen der Hauptgesellschafter seine Partikularinteressen auf Kosten der Minderheit durchzusetzen versucht, jedenfalls sofern das Konzerninteresse im Verhältnis zu einer angemessenen Entschädigung der Minderheitsgesellschafter berücksichtigt wird; Diregger in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 195 Rz 79 ff.

37 Stelzel in Abram/Oberlechner/Stelzel, HB Hauptversammlung 330.

38 Eckert/Schopper in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 195 Rz 66.

39 Dies ist die Abgrenzung zu den Nichtigkeitsgründen; Diregger in MüKo AktG⁴ § 257 Rz 18 mwN.

vorschriften des durch die HV festgestellten⁴⁰ Beschlusses vorliegt, berechtigt dies zu einer Anfechtung des HV-Beschlusses; ansonsten ist sie nach Abs 3 ausgeschlossen. Alle anderen Inhalts- oder Verfahrensfehler sind ohne weiteres anfechtbar.⁴¹ Hintergedanke dieser Vorschrift ist lediglich, dass der einmal festgestellte JA nicht wegen geringfügiger formaler Fehler angefochten werden können soll. Die Praxisrelevanz von Abs 3 ist wohl eher gering, da gem § 95 Abs 4 der JA idR vom AR festgestellt wird und nicht von der HV. Unklar ist auch das Verhältnis zu § 189a Z 10 UGB, wonach bei unwesentlichen Fehlern der JA von vorneherein gesetzmäßig ist.⁴² Fällt der Feststellungsbeschluss weg, bleibt nur mehr die Möglichkeit einer Berichtigung bzw freiwilligen Änderung des JA.⁴³ Werden die Ergebnisse des vorhergegangenen JA nicht an den aktuellen JA angeschlossen, begründet auch dies die Anfechtbarkeit, selbst dann, wenn die Bilanzierung materiell nicht zu beanstanden ist.⁴⁴

VII. Informationsmängel (§ 195 Abs 4 AktG)

Ein HV-Beschluss kann angefochten werden, wenn die Erteilung von **Informationen an den Aktionär unvollständig oder unrichtig** erfolgt ist oder überhaupt **verweigert** wurde und ein objektiv urteilender Aktionär diese Informationen als wesentliche **Voraussetzung** für die sachgerechte **Wahrnehmung seiner Teilnahme- und Mitgliedschaftsrechte** angesehen hätte.⁴⁵ Bei Anfechtungsklagen wegen Informationsmängeln wird also auf einen

11

40 Das betrifft daher nur einige Sonderfälle, als grds die Feststellung des JA der Verwaltung vorbehalten ist.

41 *Stelzel* in Abram/Oberlechner/Stelzel, HB Hauptversammlung 330; *Diregger* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 195 Rz 87.

42 *Eckert/Schopper* in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 195 Rz 74.

43 *Krejci*, Unternehmensrecht⁵ 212.

44 *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ § 195 Rz 10.

45 *Diregger* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 195 Rz 89.

objektiven Beurteilungsmaßstab („objektiv urteilender Aktionär“) abgestellt, verbunden mit einem **Relevanzkriterium** („wesentliche Voraussetzung“). Es kommt darauf an, ob der Aktionär an der Abstimmung teilgenommen hätte, wenn ihm die entsprechenden Informationen bekannt gewesen wären. Der Einwand fehlender Kausalität, also dass die Mehrheit bei rechtmäßiger Information nicht anders abgestimmt hätte, ist indes nicht möglich.⁴⁶ Wenn dem Aktionär unbekannt geblieben ist, dass ihm Informationen vorenthalten worden waren, kommt es darauf an, ob diese vorenthaltenen Informationen das Abstimmungsverhalten des Aktionärs beeinflusst hätten, anders gesagt, ob der Aktionär auf den Erhalt der Informationen Wert gelegt hätte.⁴⁷ Neben der Anfechtung ist es einem Aktionär außerdem möglich, bei Verletzung seines Auskunftsrechts gem § 118 AktG dieses im außerstreitigen Verfahren durchzusetzen.

- 12 § 195 Abs 4 letzter S AktG bewirkt einen Anfechtungsausschluss bei Umgründungen, wenn bei bewertungsrelevanten Informationsmängeln in der HV zur Überprüfung ein besonderes gesetzliches Überprüfungsverfahren vorgesehen ist.⁴⁸ Das betrifft etwa Verschmelzungen (§ 225c AktG) oder Gesellschafterausschlüsse nach dem GesAusG. Sinn dieser Bestimmung ist es, die schon in den Sondergesetzen vorgesehenen Anfechtungsausschlüsse für nicht angemessene Umtauschverhältnisse oder Barabfindungen zu vervollständigen, damit eine Anfechtung nicht durch einen „Umweg“ über Informationsmängel oder Verfahrensvorschriften wieder möglich wird.

46 Eckert/Schopper in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 195 Rz 23.

47 Stelzel in Abram/Oberlechner/Stelzel, HB Hauptversammlung 331.

48 Eckert/Schopper in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 195 Rz 75; Stelzel in Abram/Oberlechner/Stelzel, HB Hauptversammlung 332 f.