

# I. Übertragbarkeit und Teilbarkeit von Geschäftsanteilen

*Martin Frenzel*

## A. Einführung

Zur Übertragbarkeit, Teilbarkeit und Vererblichkeit von GmbH-Geschäftsanteilen sowie zu einschlägigen Formpflichten stellt das GmbHG einige Regeln bereit. Geschäftsanteile sind demnach „übertragbar und vererblich“.<sup>1</sup> Teilbar sind sie – außer im Fall der Vererbung – nur dann, wenn der Gesellschaftsvertrag die Abtretung von Teilen eines Geschäftsanteils gestattet.<sup>2</sup> Die Vererblichkeit von Geschäftsanteilen sowie die Notariatsaktspflicht (dazu unten) können gesellschaftsvertraglich nicht ausgeschlossen bzw. abbedungen werden. Demgegenüber kann die freie Übertragbarkeit sowohl gesellschaftsvertraglich mit dinglicher Wirkung als auch auf anderer vertraglicher Grundlage bloß schuldrechtlich in mannigfaltiger Weise eingeschränkt werden. Zu denken ist – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – an Vorkaufrechte, Rückkaufrechte, Mitverkaufsrechte und Anforderungen an bestimmte Qualifikationen eines Erwerbers. Gegenstand dieses Kapitels sind ausschließlich Übertragbarkeit und Teilbarkeit. Zur Vererblichkeit darf auf das Kapitel „*Erbrechtliche Aspekte des Gesellschafterwechsels*“ in diesem Handbuch verwiesen werden. Präzisierend zur Übertragbarkeit und Teilbarkeit führen die Kapitel „*Übertragungsbeschränkung: Vorkaufrechte*“, „*Gerichtliches Ersetzungsverfahren, Ersatzerwerb*“, „*Notarielle Aspekte des Gesellschafterwechsels*“ sowie zur Notariatsaktspflicht auch I.B.1.f) aus.

## B. Übertragbarkeit

### 1. Grundlagen

#### a) Gesellschafterwechsel und Bestand der GmbH

Ein Gesellschafterwechsel wirkt sich nach dem Gesetz nicht auf Identität und Bestand der Gesellschaft aus.<sup>3</sup> Dass Geschäftspartner einer GmbH immer wieder an Änderungen im Stand der Gesellschafter anknüpfende Rechtsfolgen in Verträgen mit einer GmbH vereinbaren,<sup>4</sup> ist darauf zurückzuführen, dass Gesellschafter den Charakter einer GmbH in der praktischen Wahrnehmung oft durchaus prägen. Verschiedentlich knüpft auch das Gesetz Rechtsfolgen an (qualifizierte) Änderungen im Gesellschafterstand. Zu nennen sind das Recht zur Mietzinsanhebung bei einer Hauptmieter-GmbH bei entscheidender Änderung der rechtlichen und wirtschaftlichen Einflussmöglichkeiten an dieser GmbH (§ 12a Abs 3 MRG) sowie die Auslösung von Grunderwerbsteuer (GrESt) bei Vereinigung von mindestens 95 % der Geschäftsanteile in der Hand des Erwerbers oder einer

1 Vgl § 76 Abs 1 GmbHG.

2 Vgl § 79 Abs 1 GmbHG.

3 Vgl *Reich-Rohrig*, GmbH-Recht 617; *Schopper* in G/H<sup>2</sup> § 76 Rz 3.

4 Sogenannte *Change of Control*-Klauseln (CoC-Klauseln).

## 1. Abfindungsklauseln

Waren früher **Abfindungshöheklause**l, wie bspw die Buchwertklausel, häufig in Gesellschaftsverträgen anzutreffen,<sup>62</sup> so zeigt die Praxis vermehrt, dass nunmehr eher zu **Klauseln über Berechnungsmethoden** gegriffen wird. Da für die unterschiedlichen Unternehmen passende Klauseln gefunden werden müssen, besteht aber dennoch eine Vielzahl an Varianten:

- **Buchwertklausel**

Die klassische Abfindungshöheklause; hier werden die Buchwerte der Kapitalkonten nach der letzten Unternehmens- oder Steuerbilanz zugrunde gelegt.<sup>63</sup> Der Buchwert weicht regelmäßig deutlich vom Verkehrswert der Beteiligung ab, weil stille Reserven, Firmenwert und schwebende Geschäfte unberücksichtigt bleiben (siehe bereits II.A.1.),<sup>64</sup> und ist daher nur eingeschränkt zur Bewertung des Geschäftsanteils geeignet.<sup>65</sup>

Für die Festlegung des anteiligen Buchwerts des Gesellschafters wird regelmäßig auf das anteilige Eigenkapital der Gesellschaft verwiesen. Dabei sind die Gesellschaftsverträge wie auch vergangenen Transaktionen dahingehend zu prüfen, inwieweit alineare Anteile an den Eigenkapitalpositionen im Jahresabschluss bestehen.

### Beispiel 3

A und B sind an der AB-GmbH zu jeweilig 50 % beteiligt. B hat vor einigen Jahren den Anteil von A erworben. Im damaligen Kaufvertrag über den Gesellschaftsanteil wurde festgehalten, dass der im Jahresabschluss 2016 ausgewiesene Bilanzgewinn in Höhe von € 150.000 ausschließlich A zusteht. B scheidet aus dem Unternehmen aus und erhält von A eine Abfindung. Eine Ausschüttung von Bilanzgewinnen ist seit dem Einstieg von B noch nicht erfolgt. Im Gesellschaftsvertrag ist festgehalten, dass die Abfindung aus den Buchwerten des **anteiligen Eigenkapitals** laut Jahresabschluss (§ 224 Abs 3 A I bis IV UGB) abzuleiten ist. Ausschüttungen sind seit dem Einstieg von B nicht vorgenommen worden. Ein Zwischenabschluss zum Stichtag des Ausscheidens weist folgende Werte und daraus abgeleitet folgende anteilige Buchwerte von B auf:

|                                | €              |
|--------------------------------|----------------|
| Stammkapital                   | 35.000         |
| Kapitalrücklage nicht gebunden | 100.000        |
| Bilanzgewinn                   | 380.000        |
| <b>Eigenkapital</b>            | <b>515.000</b> |

davon B:

|                                |                |
|--------------------------------|----------------|
| Stammkapital                   | 17.500         |
| Kapitalrücklage nicht gebunden | 50.000         |
| Bilanzgewinn                   | 115.000        |
| <b>anteiliger Buchwert</b>     | <b>182.500</b> |

62 Artmann in Artmann/Rüffler/Torggler, Unternehmensbewertung und Gesellschaftsrecht (2014) 101.

63 Fischerlehner, Abfindungsklauseln 29 mwN.

64 Stache, GmbH-Recht<sup>3</sup> 33.

65 Wilhelmi in Ziemons/Jaeger, BeckOK GmbHG<sup>39</sup> § 14 Rn 15.

## 5. Bewertungsmethoden und -parameter

### a) Einteilung und Werttreiber

In der Unternehmensbewertung besteht eine Vielzahl an Bewertungsmethoden. Dabei wird zunächst grundlegend zwischen **Einzel- und Gesamtbewertungsverfahren** unterschieden. Bei den Einzelbewertungsverfahren wird der Unternehmenswert aus der Summe der einzelnen Vermögensgegenstände (Wiederbeschaffungs- oder Absatzpreise) abzüglich Schulden des Unternehmens abgeleitet. Die Gesamtbewertungsverfahren betrachten das Unternehmen als eine Einheit und leiten den Wert aus dem künftig vom Unternehmen zu erwartenden Gesamtertrag ab.

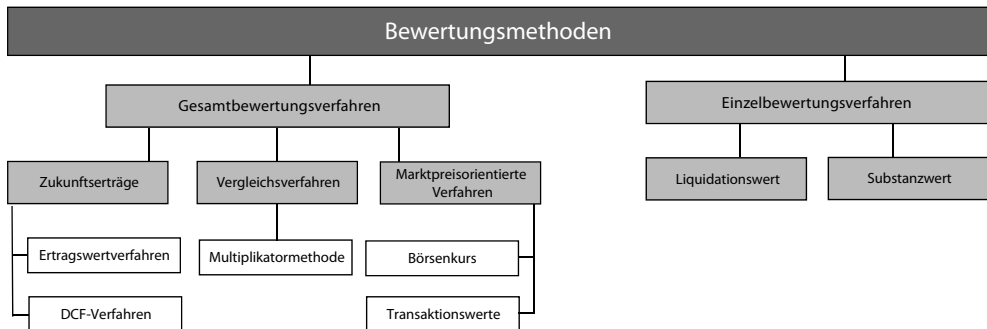


Abb 2: Bewertungsmethoden Überblick

Wie bereits ausgeführt (siehe II.A.2.b)), gibt es von der Kammer der Steuerberater und Wirtschaftsprüfer ein Fachgutachten zur Unternehmensbewertung (KFS/BW1). Dieses Fachgutachten soll die unter Berücksichtigung der in Theorie, Praxis und Rechtsprechung entwickelten Grundsätze darlegen, nach welchen Steuerberater und Wirtschaftsprüfer ordnungsgemäß Unternehmen bewerten.<sup>153</sup>

Die darin angeführten Methoden gelten als international gängig und entsprechen dem aktuellen Stand der Wissenschaft. Das **Fachgutachten** gibt aber gerade **bei der Auswahl der Bewertungsmethode keine Detailregelungen** vor, sondern verweist auf die Zweckabhängigkeit und das Auswahlermessen des Bewerter. In der Praxis wie auch in der Lehre besteht bei den Bewertungsmethoden mittlerweile ein **Primat der Diskontierungsverfahren** (gegenüber den Vergleichs-, Marktpreis- oder Einzelbewertungsverfahren), insbesondere bei der Ermittlung eines objektivierten Unternehmenswerts. Als Formen dieser Diskontierungsverfahren werden das Ertragswert- und das **Discounted-Cash-flow-Verfahren** (DCF-Verfahren) angeführt.

Beide Verfahren beruhen auf denselben konzeptionellen Grundlagen und ermitteln den Unternehmenswert durch Diskontierung künftiger finanzieller Überschüsse, die je nach Verfahren unterschiedlich definiert werden. Die werttreibenden Parameter sind sowohl im Ertrags- wie auch im DCF-Verfahren wie folgt:

- **Finanzielle Überschüsse:** Hierfür ist eine Planungsrechnung zu erstellen, aus welcher die finanziellen Überschüsse abgeleitet werden.

<sup>153</sup> Vgl. Purtscher, KFS/BW 1, in Kranebitter/Maier, Unternehmensbewertung für Praktiker<sup>3</sup> (2017) 139.

## D. Übertragungsbeschränkung durch Syndikatsvertrag

### 1. Grundlagen des Syndikatsvertrags

Anders als bei gesellschaftsvertraglichen Vinkulierungen besteht für Vinkulierungen in gesonderten Verträgen der Gesellschafter keine gesetzliche Grundlage. Auch gehen die in solchen Syndikatsverträgen geregelten Pflichten und Rechte des Gesellschafters nicht im Wege der Einzelrechtsnachfolge auf den Erwerber über. Dies sollte jedoch insoweit in Betracht gezogen werden, als der Gesellschaftsvertrag auf den Syndikatsvertrag verweist. Diesfalls ist es dem Einzelrechtsnachfolger wohl zumutbar, sich nach dem Syndikatsvertrag zu erkundigen und in diesen mit dem Anteilserwerb einzutreten.<sup>62</sup> Meist sehen Syndikatsverträge jedoch ohnehin vor, dass der übertragende Gesellschafter verpflichtet ist, auch seine syndikatsvertragliche Rechtsposition zu übertragen, und die übrigen Vertragsparteien *vice versa* verpflichtet sind, dieser Übertragung zuzustimmen.<sup>63</sup>

In aller Regel ist das Syndikat eine **GesbR**.<sup>64</sup> Vor dem Hintergrund des mit dem GesbR-ReformG<sup>65</sup> eingeführten, in der Lit heftig kritisierten<sup>66</sup> Kündigungsausschlussverbots nach §§ 1209 iVm 1211 ABGB wurde dies grundlegend infrage gestellt.<sup>67</sup> Mit dem APRÄG 2016<sup>68</sup> nahm der Gesetzgeber diesen Kündigungsausschluss hinsichtlich Innengesellschaften, wie etwa Syndikaten, zurück.<sup>69</sup> Damit verebte die Diskussion um die Qualifikation von Syndikaten als GesbR wieder.

Die Qualifikation als GesbR hat zur Folge, dass das Syndikat mit dem Tod einer Vertragspartei endet, sofern der Syndikatsvertrag nichts anderes vorsieht. Syndikatsverträge sollten daher **Regelungen für den Tod** (oder die Liquidation) einer Vertragspartei enthalten.

Syndikatsvertragliche Vorkaufs- und Aufgriffsrechte unterliegen nach § 79 Abs 2 2. Satz GmbHG der Notariatsaktpflicht. Dies gilt aber nicht für Zustimmungsvorbehalte iSd § 79 Abs 2 3. Satz GmbHG. Syndikatsverträge, die nur einen Zustimmungsvorbehalt enthalten, können daher **formfrei**, auch konkludent, geschlossen werden.<sup>70</sup>

Unterschiede zu gesellschaftsvertraglichen Vinkulierungen bestehen ferner hinsichtlich der Publizität sowie der Auslegung. Während Vinkulierungsklauseln in Gesellschaftsverträgen nach den für diese geltenden Regeln, als korporative Satzungsbestandteile ob-

62 Vgl *Tichy*, Syndikatsverträge bei Kapitalgesellschaften (2000) 199 mwN.

63 Vgl *Tichy*, Syndikatsverträge 199; *Vavrovsky*, Stimmbindungsverträge im Gesellschaftsrecht (2000) 15 f.

64 Vgl RIS-Justiz RS0117681; ErläutRV 270 BlgNR 25. GP I; für viele: *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> (2017) Rz 4/131; *Wallisch*, Implizite Befristung und Durchsetzung von Syndikatsverträgen, ÖZW 2004, 55; *Tichy*, Syndikatsverträge 36 ff.

65 BGBl I 2014/83.

66 Vgl *Hoenig/Buxbaum*, Neues GesbR-Recht hat Auswirkungen auf die Bestandskraft von Syndikatsverträgen, *ecolex* 2015, 671; *Artmann*, Zur Kündbarkeit von Syndikatsverträgen nach der GesbR-Reform, RdW 2015/371.

67 Vgl *John*, Ist der Joint-Venture-Vertrag (immer) eine GesBR? *GesRZ* 2018, 32 (35); *Schmidberger/Zeppitz*, Syndikatsverträge begründen keine GesBR?! *RdW* 2016/14.

68 BGBl I 2016/43.

69 Vgl § 1209 Abs 2 2. HS ABGB idF BGBl I 2016/43.

70 Vgl *Nutz*, Die Durchsetzung von Stimmbindungsverträgen, *GES* 2019, 349 (349); *Kalss*, Wie sichtbar muss ein Syndikatsvertrag sein? in *FS Koppensteiner* (2016) 155 (157 f); *Baumann/Reiß*, Satzungsergänzende Vereinbarungen – Nebenverträge im Gesellschaftsrecht, *ZGR* 1989, 157 (158); *Tichy*, Syndikatsverträge 40; *Vavrovsky*, Stimmbindungsverträge 16 ff.

# IV. Gerichtliches Ersetzungsverfahren, Ersatzerwerb

Siegrid Ley-Grassner/Daniel Hiermayer

## A. Gerichtliche Abhilfe bei gesellschaftsvertraglichen Vinkulierungen

### 1. Allgemeines

Wenn der Gesellschaftsvertrag bestimmt, dass die Zustimmung der Gesellschaft zur Übertragung des Geschäftsanteils notwendig ist (§ 76 Abs 2 3. Satz GmbHG), so kann, falls diese **Zustimmung versagt** wird, dem übertragenden Gesellschafter unter bestimmten Voraussetzungen vom zuständigen Firmenbuchgericht die Übertragung des Geschäftsanteils gestattet werden (§ 77 1. Satz GmbHG). Trotz Zustimmung des Gerichts ist die Übertragung unzulässig, sofern die Gesellschaft binnen eines Monats dem übertragenden Gesellschafter einen **Ersatzerwerber** mitteilt, der den Geschäftsanteil zu gleichen Konditionen wie der ursprünglich vorgesehene Erwerber zu erwerben bereit ist (§ 77 3. Satz GmbHG).

Dieses gerichtliche Ersetzungsverfahren sichert daher trotz Versagung der Zustimmung zur Anteilsübertragung dem übertragungs- und damit austrittswilligen Gesellschafter die Möglichkeit, die Gesellschaft (trotz Vinkulierung) zu verlassen. Gerade dieser **Ausgleich zwischen den Interessen** des veräußerungs- und damit austrittswilligen Gesellschafters und der Gesellschaft respektive den übrigen Gesellschaftern ist erklärter Normzweck.<sup>1</sup> Vor dem Hintergrund des mittlerweile in der Lit ganz überwiegend als zulässig anerkannten Austrittsrechts<sup>2</sup> relativiert sich gleichsam die Bedeutung des § 77 GmbHG. Fraglich ist daher, ob die Bestimmung entsprechend der hL<sup>3</sup> weiterhin als (**relativ**) **zwingend** anzusehen ist. *Koppensteiner/Rüffler* bejahen dies (noch) solange, „bis die hier befürworteten anderen Möglichkeiten der Trennung von der Gesellschaft als gesicherter Bestandteil des geltenden Rechts anerkannt sind.“<sup>4</sup> Nach *Walch* müsste von § 77 GmbHG folglich dann abgegangen werden können, wenn der Gesellschaftsvertrag eine Auflösungsklage vorsieht.<sup>5</sup> Überhaupt sollen nach hA für den Gesellschafter günstige Abweichungen von § 77 GmbHG möglich sein.<sup>6</sup>

1 Vgl *Schopper* in G/H<sup>2</sup> § 77 Rz 1; *Hoffenscher-Summer* in F/A/H § 77 Rz 1, 17; *Rauter* in WK § 77 Rz 3; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> (2007) § 77 Rz 2.

2 Vgl etwa bei *Rauter* in WK § 77 Rz 2 ff mwN. Bemerkenswert ist dabei der in der Lit ständige Verweis auf die Auflösungsklage (vgl *Schopper* in G/H<sup>2</sup> § 77 Rz 1; *Hoffenscher-Summer* in F/A/H § 77 Rz 1; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 77 Rz 1). Der Gesetzgeber hatte aber § 77 GmbHG explizit als Alternative zur Auflösungsklage im Blick: „Die Majorität der Kommission hat daher nach gründlicher Beratung beschlossen, dem Gesellschafter, der seine Stammeinlage vollständig eingezahlt hat, die Möglichkeit zu geben, aus wichtigen Gründen auch ohne die nach dem Gesellschaftsvertrage notwendige Zustimmung der Gesellschaft seinen Geschäftsanteil zu übertragen und sich und seine Erben aus der dauernden juristischen Gebundenheit zu befreien, so daß für ihn der Zwang, Gesellschafter zu bleiben, aufhört, ohne daß auch für die anderen die Gesellschaft selbst aufgelöst zu werden braucht.“ (ErläutrV 272 BlgHH 17. Sess 14).

3 Vgl *Schopper* in G/H<sup>2</sup> § 77 Rz 1; *Hoffenscher-Summer* in F/A/H § 77 Rz 1; *Rauter* in WK § 77 Rz 2; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 77 Rz 1.

4 *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 77 Rz 1.

5 Vgl *Walch*, Nachträgliche Vinkulierung von GmbH-Geschäftsanteilen, GesRZ 2015, 259 (262); zust *Schopper* in G/H<sup>2</sup> § 77 Rz 1 und *Hoffenscher-Summer* in F/A/H § 77 Rz 2.

6 Vgl *Schopper* in G/H<sup>2</sup> § 77 Rz 1; *Hoffenscher-Summer* in F/A/H § 77 Rz 2; *Walch*, GesRZ 2015, 259 (262).

## G. Weitere Praxisfragen

### 1. Auslegung

Ist die Option im Gesellschaftsvertrag geregelt, so hängt die Auslegung der betreffenden Klausel davon ab, ob diese nach ihrer Ausgestaltung im Einzelfall als **materielle (korporative) Satzungsbestimmung** zu qualifizieren und daher nach hA **objektiv** anhand von §§ 6 f ABGB auszulegen ist.<sup>137</sup> Zwar werden Optionen prinzipiell als **formelle Satzungsbestandteile** eingeordnet, eine Ausgestaltung als materielle Satzungsregelung ist damit aber nicht in jedem Fall ausgeschlossen.<sup>138</sup> Überdies erfolgt die Auslegung von Optionsverträgen nach §§ 914 f ABGB.

Zur Auslegung einer in einem Optionsvertrag enthaltenen Formulierung, wonach die Gesellschaft das Recht habe, die Abtretung eines Geschäftsanteils „zu verlangen“ und den Geschäftsanteil „aufzugreifen“, ging der OGH aufgrund des mehrmaligen Verweises im Optionsvertrag auf einen noch abzuschließenden notariellen Abtretungsvertrag davon aus, dass der Übergang des Geschäftsanteils nicht durch einseitige Erklärung des Aufgriffsberechtigten erfolgt, sondern es noch des Abschlusses eines Abtretungsvertrags bedarf.<sup>139</sup>

Im Einzelfall kann die **Auslegung des optierten Vertrags** auch für den Optionsvertrag gelten, wie der OGH jüngst iZm § 935 ABGB ausführte: Wird eine Sache aus besonderer Vorliebe um einen außerordentlichen Wert übernommen, so scheidet eine Anfechtung des optierten Vertrags gemäß § 935 ABGB aus, was gleichermaßen den Optionsvertrag betrifft, sofern dieser seinerseits nicht auf ganz anderen Vorstellungen als der besonderen Vorliebe beruht.<sup>140</sup>

### 2. Vinkulierung

Sind die Geschäftsanteile im Gesellschaftsvertrag vinkuliert, so empfiehlt es sich, für die Einräumung von Optionsrechten entsprechende **Vorratsbeschlüsse** vorzusehen, da andernfalls die absolute Wirkung der Vinkulierung einem Übergang des Geschäftsanteils trotz Ausübung der Option entgegensteht.<sup>141</sup>

### 3. Übertragbarkeit

Optionsrechte sind **grundsätzlich** – sofern keine abweichende Vereinbarung getroffen wurde – **übertragbar**, im Einzelfall sprechen etwa die Vereinbarung einer Teilbarkeit der Ausübung des Gestaltungsrechts oder eines Weitergaberechts für die Übertragbarkeit.<sup>142</sup>

137 Vgl nur *Feltl/Aicher* in WK § 4 Rz 38 mwN; zu Aufgriffsrechten s OGH 6 Ob 57/19d, GES 2019, 197 = wbl 2019, 533 = AnwBl 2019, 598, wonach diese nach stRsp zu den korporativen Satzungsbestandteilen zählen und dementsprechend objektiv auszulegen sind.

138 S *Feltl/Aicher* in WK § 4 Rz 45.

139 OGH 6 Ob 215/15h, RdW 2016, 258 = AnwBl 2016, 306.

140 OGH 28.11.2019, 9 Ob 69/19s.

141 *Umfahrer*, GmbH<sup>6</sup> Rz 735; *ders*, Aufgriffsrechte, Abfindungsregelungen und Vinkulierungsbestimmungen als Gestaltungsinstrumente im GmbH-Gesellschaftsvertrag, GesRZ-Spezial, 2006, 28 (32); *Rauter* in WK § 76 Rz 114.

142 OGH 3 Ob 135/87, RdW 1988, 291 = JBl 1988, 530; *Riedler* in *Schwimann/Kodek*, ABGB<sup>4</sup> § 861 Rz 18 mwN.

## F. Eintragung des Gesellschafterausschlusses im Firmenbuch

Nach der Beschlussfassung über den *Squeeze out* durch die Gesellschafter muss dieser Beschluss zum **Firmenbuch** angemeldet werden. Erst mit der Eintragung im Firmenbuch treten die **rechtlichen Wirkungen** des Gesellschafterausschlusses ein (vgl § 5 Abs 4 GesAusG).

### 1. Voraussetzungen der Eintragung

Zuständig für die Eintragung des Gesellschafterausschlusses ist das jeweilige **Firmenbuchgericht**, also der mit Handelssachen betraute Gerichtshof erster Instanz, in dessen Sprengel die Gesellschaft ihren Sitz hat (vgl § 120 Abs 1 Z 1<sup>70</sup> und Abs 2 JN).<sup>71</sup> Angelegenheiten nach dem GesAusG fallen gem § 22 Abs 2 Z 7 RpfVG nicht in die funktionelle Zuständigkeit des Rechtspflegers, sondern sind dem **Richter** vorbehalten.

Zur Vornahme der **Firmenbuchanmeldung** ist gem § 6 Abs 1 GesAusG die **Geschäftsführung** – also der oder die Geschäftsführer – der GmbH berufen. Dieser Anmeldung, die gem § 11 Abs 1 UGB schriftlich in **beglaubigter Form** vorzunehmen ist, sind folgende Unterlagen in Urschrift, Ausfertigung oder beglaubigter Abschrift anzuschließen:<sup>72</sup>

- die Niederschrift des (notariell beurkundeten) **Beschlusses über den Ausschluss** (§ 5 Abs 1 Z 1 GesAusG);
- ggf die **Genehmigungsurkunde**, falls der Beschluss einer behördlichen Genehmigung bedarf (§ 5 Abs 1 Z 2 GesAusG);<sup>73</sup>
- eine **Erklärung** der Geschäftsführung, dass innerhalb eines Monats nach der Beschlussfassung **keine Klage auf Anfechtung**, Feststellung der Nichtigkeit oder Nichtigerklärung<sup>74</sup> erhoben wurde<sup>75</sup> oder dass alle Gesellschafter durch notariell beurkundete Erklärung **auf eine solche Klage verzichtet** haben (§ 5 Abs 2 GesAusG).

Fehlt die zuletzt genannte Erklärung der Geschäftsführung, so hat das Firmenbuchgericht nach § 19 FBG vorzugehen. Das bedeutet, dass das Gericht das Eintragungsverfahren entweder bis zum Ablauf der Monatsfrist (falls keine Klage erhoben wird) bzw bis zum rechtskräftigen Abschluss des Anfechtungs- oder Nichtigkeitsprozesses zu **unterbrechen** hat (Abs 1 leg cit) oder von einer **Unterbrechung abzusehen** bzw sie **wieder aufzuheben** hat,

70 Da es um die Eintragung im Firmenbuch geht, ist tatsächlich Z 1 („Führung des Firmenbuchs“) einschlägig, während sich Z 6 („die nach dem GesAusG vom Gericht zu erledigenden Angelegenheiten“) insb auf das Verfahren zur Überprüfung der Barabfindung bezieht.

71 Dabei handelt es sich grundsätzlich um die Landesgerichte, in Wien um das Handelsgericht Wien und in Graz um das Landesgericht für Zivilrechtssachen Graz.

72 Für ein – allerdings eine AG betreffendes – Muster für die Firmenbuchanmeldung vgl *Birnbauer*, Beschluss über den Ausschluss der Minderheitsaktionäre nach dem GesAusG bei einer AG – Muster-Anmeldungen zum Firmenbuch, GeS 2006, 359.

73 Ein solches Genehmigungserfordernis, das sich zB aus landesrechtlichen Vorschriften zur Regelung des Grundverkehrs ergeben könnte, wird nur ausnahmsweise bestehen, weil dem Hauptgesellschafter idR schon vor dem Gesellschafterausschluss zumindest 90 % der Anteile gehört haben.

74 Wenngleich im GmbHG nur von der (Klage auf) „Nichtigerklärung eines Beschlusses“ die Rede ist, entspricht es der hA, dass auch bei Generalversammlungsbeschlüssen einer GmbH zwischen Anfechtbarkeit und Nichtigkeit zu differenzieren ist (vgl näher dazu *Enzinger* in *Straube*, WK § 41 Rz 12 ff).

75 Ggf kann auch die Erklärung abgegeben werden, dass eine solche Klage zwar erhoben, dann aber wieder zurückgenommen wurde.

Nach *Wagner/Knechtel* könnte die entsprechende **Belehrungsformel** im Notariatsakt etwa lauten:

Bei Errichtung dieses Notariatsaktes wurden die Parteien darauf hingewiesen, daß [sic] die vorliegende, dem Notariatsakt beigeheftete Vollmacht nicht den Form-  
erfordernissen des § 69 NO entspricht, und belehrt, dass der Notariatsakt erst  
dann die Kraft einer öffentlichen Urkunde erlangt, wenn mir als beurkundendem  
Notar die Urschrift dieser Vollmacht in der vorgeschriebenen Form innerhalb von  
30 Tagen oder in der von den Parteien einvernehmlich festzusetzenden längeren  
Frist, die jedoch höchstens 6 Monate betragen darf, vorliegt, und dass erst nach  
rechtzeitigem Einlangen dieser Vollmacht von mir Ausfertigungen oder be-  
glaubigte Abschriften von diesem Notariatsakt erteilt werden können. Die Par-  
teien erklären hiezu, keine Fristverlängerung vornehmen zu wollen/die Frist mit  
\_\_\_\_\_ Monaten/die Frist bis zum Ablauf des \_\_\_\_\_ festzusetzen.<sup>92</sup>

§ 69a NO betrifft alle Fälle, in denen die Vollmacht nicht in der von § 69 NO verlangten Form vorliegt. Dies umfasst sowohl den Fall, dass die Beglaubigung der Unterschrift des Vollmachtgebers noch gar nicht erfolgt ist als auch, dass die Beglaubigung (oder Überbeglaubigung) zwar bereits erfolgt ist, aber lediglich eine Kopie per Fax oder Scan der Vollmachtsurkunde vorliegt.

Nicht von § 69a NO gedeckt wäre die Beurkundung der Tatsache einer existenten Vollmachtsurkunde aufgrund der Einsichtnahme des Notars gem §§ 89a und 89b NO.<sup>93</sup>

In der einhelligen notariellen Praxis wird dem Notariatsakt sowohl die bei seiner Errichtung vorliegende Kopie bzw, wenn das unbeglaubigte Original vorlag, eine von diesem angefertigte Kopie als auch die dann später eingelangte formgültige Vollmacht (oder eine beglaubigte Abschrift derselben) beigelegt.

Die **nachträglich einlangende Vollmacht** muss – hier kommt es immer wieder zu Missverständnissen und es kann nicht oft genug darauf hingewiesen werden – das **Original bzw die Urschrift der ursprünglich übermittelten Kopie** sein.<sup>94</sup> Anscheinend ist die Erleichterung mancher Vollmachtgeber eine Vollmacht übermittelt zu haben so groß, dass sie diese Urschrift verlegen. Der Notariatsakt ist in so einem Fall nichtig bzw erlangt nie die Kraft einer öffentlichen Urkunde, weil es nicht möglich ist, die Vollmacht nachträglich in der gesetzlich geforderten Form vorzulegen. Da beide Dokumente (sowohl die Kopie als auch das Original) dem Notariatsakt anzuschließen sind, ist dieser Umstand auch für alle Zeiten nachvollziehbar. Werden die Urkunden daher nicht ordnungsgemäß angeheftet, weil sich der beurkundende Notar irrt, kann es sein, dass die Vertragsparteien zunächst davon ausgehen, dass der Notariatsakt die Kraft einer öffentlichen Urkunde erlangt habe, sich aber bei einer nachträglichen Kontrolle herausstellt, dass dies doch nicht so ist.

92 *Wagner/Knechtel*, NO<sup>6</sup> § 69a Rz 2.

93 *Wagner/Knechtel*, NO<sup>6</sup> § 69a Rz 1.

94 *Wagner/Knechtel*, NO<sup>6</sup> § 69a Rz 7.



**Beispiel einer Firmenbuchanmeldung nach Verschmelzung**

Im Firmenbuch ist unter FN 44866 s die S\*\* GmbH eingetragen. Deren Alleingeschafterin ist die H\*\* T\*\* Beteiligungs GmbH, FN 44693 t.

Mit Verschmelzungsvertrag vom 7.8.2017 wurde die H\*\* T\*\* Beteiligungs GmbH, FN 44693 t, als übertragende Gesellschaft durch die Übertragung ihres Vermögens als Ganzes mit allen Rechten und Pflichten im Wege der Gesamtrechtsnachfolge mit der M\*\* H\*\* Beteiligung GmbH, FN 464440 g, als übernehmende Gesellschaft verschmolzen.

Damit ist auch die eingangs genannte Beteiligung der übertragenden Gesellschaft im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf die übernehmende Gesellschaft übergegangen.

Diese Verschmelzung wurde bei den beteiligten Gesellschaften bereits im Firmenbuch eingetragen.

Es wird daher gestellt der

**Antrag**

im Firmenbuch bei der S\*\* GmbH, FN 44866 s, folgende Eintragung vorzunehmen:

|   | GESELLSCHAFTER/IN                                | STAMMEINLAGE     | HIERAUF GELEISTET |
|---|--|------------------|-------------------|
| # | D H** T** Beteiligungs GmbH<br>Funktion gelöscht |                  |                   |
|   | M** H** Beteiligung GmbH                         | ..... EUR 35.000 | .....EUR 35.000   |

**b) Spaltung**

Gem § 14 Abs 2 Z 1 SpaltG gehen mit Eintragung der Spaltung in das Firmenbuch die Vermögensteile der übertragenden Gesellschaft entsprechend der im Spaltungsplan vorgesehenen Zuordnung jeweils im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf die neue Gesellschaft oder die neuen Gesellschaften über.

Ist von dieser Zuordnung eine GmbH-Gesellschaftsbeteiligung umfasst, geht auch dieser Gesellschaftsanteil auf die übernehmende Gesellschaft im Wege der **Gesamtrechtsnachfolge** über, woraus eine Anmeldeverpflichtung der Geschäftsführung der von diesem Gesellschafterwechsel betroffenen Gesellschaft resultiert, die sich in diesem Kontext auf die Benennung des Spaltungsvorgangs, die Bezugnahme auf den Spaltungsplan (bzw Spaltungs- und Übernahmevertrag) und die entsprechende Firmenbucheintragung bei den beteiligten Gesellschaften beschränken kann.

In diesen Konstellationen ist zu beachten, dass das SpaltG für den Spaltungsplan (bzw Spaltungs- und Übernahmevertrag) keine ausdrückliche Formvorschrift enthält. Er bedarf lediglich der Schriftform. Allerdings ist die **Form des Notariatsakts zwingend**, wenn im übertragenen Vermögen Geschäftsanteile an einer GmbH enthalten sind.<sup>119</sup>

Die Einhaltung der Formpflicht ist im Rahmen der Eintragung des Spaltungsvorgangs zu prüfen und stellt ein Eintragungshindernis dar. Sollte dies übersehen worden sein, könnte der Formmangel mE im Rahmen der Eintragung des Gesellschafterwechsels nicht mehr aufgegriffen werden, weil mit der Eintragung der Spaltung ein spaltungs-

---

119 *Kalss*, Verschmelzung/Spaltung/Umwandlung<sup>2</sup> § 2 SpaltG Rz 11.

# XI. Gesellschafterwechsel und Zusammenschlusskontrolle

Lukas Cavada/Dominik Erharter/Anastasios Xeniadis

## A. Einleitung

Die Zusammenschlusskontrolle ist neben dem Kartellverbot (§§ 1 ff KartG) und dem Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (§§ 4 ff KartG) als dritte Säule der Wettbewerbspolitik anzusehen. Das österreichische Zusammenschlusskontrollregime ist ein vergleichsweise junger Rechtsbereich. Bereits im KartG 1972 wurde ein Anmeldesystem für Zusammenschlüsse geschaffen. Erst mit der KartG-Nov 1993 wurde jedoch auch eine *Kontrolle* anmeldebedürftiger Zusammenschlüsse eingeführt.

Das Ziel der Zusammenschlusskontrolle ist es, die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung zu verhindern, und so eine „Marktstruktur mit einer möglichst großen Anzahl ‚selbständiger‘ Marktteilnehmer und das daraus resultierende Potential zum Wettbewerb“ zu erhalten. Dabei geht es „um **strukturpolitische Ziele** und nicht um den Schutz einzelner Mitbewerber vor missbräuchlichem Verhalten“.<sup>1</sup> Ausgehend vom Charakter der Zusammenschlusskontrolle als Strukturkontrolle sollen nur Vorgänge erfasst werden, die zu einer dauerhaften Änderung der Marktstruktur führen. Diese Prognose hat *ex ante* zu erfolgen.<sup>2</sup>

Zusammenschlüsse zwischen Unternehmen sind bei der Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) anzumelden, wenn bestimmte **Umsätze** oder der **Transaktionswert** überschritten werden und keine Anmeldebedürftigkeit nach der Europäischen Fusionskontrollverordnung (FKVO)<sup>3</sup> gegeben ist (s XI.B. – XI.D.).

Die Amtsparteien (BWB und Bundeskartellanwalt) können binnen vier Wochen über die Stellung eines Prüfungsantrags entscheiden (Phase 1). Die eigentliche Prüfung von Zusammenschlüssen dauert fünf Monate (Phase 2) und erfolgt durch das Oberlandesgericht Wien als Kartellgericht (KG), mit dem Obersten Gerichtshof (OGH) als Kartellobergericht als Rechtsinstanz (XI.E.2.e)).

Materielles Prüfungskriterium der österreichischen Zusammenschlusskontrolle ist die **Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung**. Selbst bei Erfüllung dieses Untersagungskriteriums sind Zusammenschlüsse freizugeben, wenn bestimmte Rechtfertigungsgründe bestehen. Ein Zusammenschluss kann zudem auch unter Auflagen oder Beschränkungen freigegeben werden. Für Medienzusammenschlüsse bestehen weitere Voraussetzungen. Im Rahmen der Zusammenschlusskontrolle sind auch Nebenabreden zu prüfen, die mit einem Zusammenschluss unmittelbar verbunden und für diesen notwendig sind (XI.F.6.)

1 OGH 23.6.1997, 16 Ok 6/97; 30.5.2005, 16 Ok 16/04; 12.10.2016, 16 Ok 9/16h.

2 OGH 8.10.2015, 16 Ok 3/15z.

3 Verordnung (EG) 139/2004 des Rates vom 20.1.2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl 2004 L 24/1 (FKVO).