

Gesellschaftsrecht – Kapitalgesellschaften (4)

30. Oktober 2019

Herzlich willkommen!



Univ.-Prof. Dr. Johannes Reich-Rohrwig

VORANKÜNDIGUNG

Betriebsbesuch Fa. Berndorf AG

am 5. November 2019, 9:45 Uhr

In Berndorf/Niederösterreich

Übersicht

- I. Einberufung Generalversammlung / Hauptversammlung
- II. Durchführung der GV/HV
- III. mögliche Beschlussinhalte
- IV. Kapitalerhöhung
- V. Anfechtbarkeit von Beschlüssen
- VI. Kapitalherabsetzung
- VII. Gewinnverteilung
- VIII. Verbotene Einlagenrückgewähr

Übersicht

- IX. Übertragung v. Geschäftsanteilen u. Aktien
- X. Mitverkaufsrecht, Übernahmegesetz, Kündigungsrecht
- XI. Ausschluss von Gesellschaftern u. Aktionären
- XII. Unternehmenstransaktionen
 - Unternehmensverkauf (Asset Deal)
 - Anteilskauf, Aktienkauf (Share Deal)

I. Einberufung der Generalversammlung (GV) und Hauptversammlung (HV)

- **GmbH:** der (die) Gf hat die GV mit Einschreibebrief einzuberufen (sofern im GesV nicht anders geregelt)

- **AG:** Einberufung der HV durch Vorstand durch Kundmachung in Wiener Zeitung und allf. weiteren Bekanntmachungsblättern lt. Satzung
 - wenn ausschließlich Namensaktien ausgegeben sind, kann stattdessen in der Satzung der AG die Einberufung mit Einschreibebriefen vorgesehen werden (§ 107 Abs 2)

 - Einberufungsberechtigt ist auch der Aufsichtsrat

I. Einberufung - GmbH

- zwischen dem Tag der Postaufgabe und dem Tag der GV müssen idR mindestens 7 Tage liegen (§ 38/1)
- für ordentliche GV muss die einzuhaltende Einberufungsfrist wg. 14-tägigem Bucheinsichtsrecht (§ 22) jedoch mehr als 14 Tage betragen
- grds Einberufung mit Einschreibebriefen
- GesV kann andere Form der Einberufung festlegen
- Die Einberufung muss die Tagesordnung enthalten

I. Einberufung - AG

- Einberufungsfrist für ordentl. HV 28 Tage, für ao HV 21 Tage, sofern Satzung keine längeren Fristen vorsieht
- nehmen *alle* Aktionäre an der HV teil („Vollversammlung“), so kann die HV Beschlüsse auch ohne Einberufung der HV fassen, sofern kein Aktionär der Beschlussfassung widerspricht (§ 105 Abs 5)
- Bekanntmachung in Wiener Zeitung; wenn Aktionäre namentlich bekannt, kann Einberufung auch durch Einschreibebrief einberufen werden, sofern dies nicht satzungsmäßig ausgeschlossen ist (107/2)

I. Ergänzung der Tagesordnung: Ankündigungsfrist/Minderheitsrecht

- bei **GmbH**: mindestens 3 Tage (§ 38 Abs 4)
- bei **AG**: mindestens 14 Tage (§ 109 Abs 2)

Ergänzung der Tagesordnung (TO) ist ein Minderheitsrecht

- bei GmbH: 10% (§ 38/3 GmbHG)
- bei AG: 5% (§ 109 AktG)

I. Ersatzweise Einberufung der GV/HV durch Gesellschafter/Aktionäre; Ergänzung der TO

GmbH:

- mindestens 10% Minderheit gem § 37, wenn ihrem Verlangen auf Einberufung nicht binnen 14 Tagen entsprochen wurde → Selbsteinberufung
- Weiteres Minderheitsrecht (10%) Verlangen auf Ergänzung der Tagesordnung (§ 38 Abs 3 GmbHG)

AG:

- Verlangen auf Einberufung der HV mindestens 5% Minderheit, die mindestens 3 Monate Aktionäre sind (§ 105/3 AktG)
- **Gerichtliche Ermächtigung** zur Selbsteinberufung
- Minderheitsrecht (5%) auf Verlangen auf Ergänzung der Tagesordnung (TO) (§ 109 Abs 1 AktG)

I. Beschlussanträge zur Tagesordnung

bei GmbH: Individualrecht jedes Gesellschafters

bei AG: Bei **börsennotierter AG** kann jeder Aktionär mit mindestens 1%-Beteiligung schon vor der HV → zu jedem TO-Punkt in „Textform“ (dh per Telefax oder Email) Beschlussanträge stellen (mit Begründung). Notwendigkeit, dass Vorstand den Beschlussvorschlag mit anzuschließender Begründung und einer allfälligen Stellungnahme des VStd oder des AR auf der Internetseite der AG zugänglich macht (§ 110).

In der HV ist Beschlussantragsrecht ein Individualrecht jedes Aktionärs (ausgenommen für Wahl in den AR – 1% und mindestens 7 Tage vor der HV gem § 110 Abs 1)

Bei **nicht börsennotierter AG:** Antragsrecht jedes Aktionärs in HV.

II. Vorsitz in GV/HV

- **GmbH:** gesetzlich ist Vorsitz in der GV nicht vorgesehen; gesellschaftsvertragliche Regelung ist möglich. Auch ohne Regelung im GesV ist Wahl eines Vorsitzenden mit einfacher Mehrheit zulässig (OGH 16.6.2011, 6 Ob 99/11v, ecolex 2011, 926/361)
- **AG:** Vorsitzender des Aufsichtsrats führt Vorsitz in HV, sonst sein StV; in Ermangelung hat der Notar die Versammlung zur Wahl eines Vorsitzenden zu leiten (§ 116)
- Aufsichtsratsvorsitzender stellt Beschlussergebnis fest. Zur Beseitigung eines – auch zu Unrecht – verkündeten GV-/HV-Beschlusses ist Anfechtungsklage notwendig.

II. Teilnahme- u. Stimmberechtigung in GV/HV

teilnahmeberechtigt:

stimmberechtigt:

GmbH

jeder Gesellschafter

jeder Gesellschafter,
Stimmrechtsausschluss
gem § 39 Abs 4 *

AG

jeder **Aktionär** (auch
stimmrechtsloser VZ-Aktionär)
der sich rechtzeitig angemeldet,
hat, sowie **Partizipations-
scheininhaber**

grds. nur **Stammaktionäre**;
Stimmrechtsausschluss gem
§ 125 u. § 130/1 *

*wenn Gesellschafter/Aktionär eine Gesellschaft (Ges) oder Privatstiftung (PS) ist und die von der Beschlussfassung betroffene Person (zB iZm Rechtsgeschäft, Entlastung oder Schadenersatzklage) einen maßgeblichen Einfluss in der Privatstiftung hat, ist der Stimmrechtsausschluss auf die Ges bzw. PS zu erstrecken (OGH 6 Ob 221/16t, ecolex 2017/364, 869)

II. Weitere Einzelheiten

- AktG differenziert zwischen **börsennotierter** und **nicht börsennotierter** AG. Aktionäre einer börsennotierter AG müssen sich grds zur Teilnahme an HV anmelden. Wer „Aktionär“ ist, richtet sich nach dem „**Nachweisstichtag**“ (§ 111 AktG) – am Ende des 10. Tages vor der HV
- elektronische Kommunikation bei HV im AktG zugelassen, sofern auch die Satzung dies zulässt:
 - Satellitenversammlung, Fernteilnahme, Fernabstimmung
 - auch Abstimmung per Brief

siehe §§ 36ff GmbHG und §§ 104ff AktG; sowie *J. Reich-Rohrwig*, Aktienrechtsänderungsgesetz, ecolex 2009, 765ff

II. Formvorschriften für HV + GV

- **AG: Notarielle Beurkundung** für jede HV
- **GmbH: Notarielle Beurkundung** der GV **nur**, wenn
Satzungsänderung, Umgründung oder Bestellung von Gf,
Liquidatoren
- für Beschlussfassung über Spaltungsplan, Umwandlungsplan und Verschmelzungsvertrag ist **notarielle Beurkundung** vorgeschrieben; nach Rechtsprechung jedoch **Notariatsaktform**

II. Beschlussmehrheiten

- **Beschlussmehrheit bei AG + GmbH:**
grundsätzl. **einfache *Stimmenmehrheit***
 - ***Kapitalmehrheit*** kennt das GmbHG bei Umwandlung, Spaltung und Gesellschafterausschlussgesetz

- **bei AG:** in bestimmten weiteren Fällen ist zusätzlich zur einfachen *Stimmenmehrheit* auch eine ***Kapitalmehrheit*** erforderlich,

wie zB für Satzungsänderung, KapErh, KapHerabsetzung, Ausgabe von Wandel- oder Gewinnschuldverschreibungen, Verschmelzung u.a., Übertragung des Vermögens der AG, Gewinngemeinschaft, Betriebsverpachtung

II. Beschlussmehrheiten

- bei **AG**: wenn mehrere (stimmberechtigte) **Aktiengattungen** vorhanden sind, besteht in bestimmten Fällen die Notwendigkeit gesonderter Abstimmungen für jede Aktiengattung:
 - zB bei Satzungsänderung zum Nachteil einer Aktiengattung (§ 146 Abs 2) oder Kapitalerhöhung (§ 149 Abs 2) oder Verschmelzung (§ 221 Abs 3)
 - Dies gilt auch bei Satzungsänderung zum Nachteil der Aktiengattung stimmrechtsloser Vorzugsaktien (§ 129 – dort sogar Notwendigkeit einer gesonderten Hauptversammlung)

III/1. Mögliche Beschlussinhalte der GV bei GmbH

- Bestellung Abberufung v. **Geschäftsführern** (Gf), AR-Mitgliedern, Liquidatoren
- Abschluss d. Anstellungsvertrages mit Gf
- Weisungen, Zustimmung in Geschäftsführungsfragen, zB für riskante oder außergewöhnliche Geschäfte und Anlageninvestitionen gem § 35 Abs 1 Z 7 („Nachgründungsgeschäfte“)
- Wahl des Abschlussprüfers
- Feststellung d. Jahresabschlusses; Gewinnverteilung
- Sonderprüfung, Schadenersatzklage
- Satzungsänderung, insb. Kapitalerhöhung, Kapitalherabsetzung
- Verschmelzung, Spaltung, Umwandlung
- Liquidation der GmbH

III. Mögliche Beschlussinhalte der HV bei AG

- Bestellung, Abberufung von AR-Mitgliedern u. Liquidatoren u. Festlegung ihrer Vergütung
 - keine Kompetenz der HV zur Bestellung u. Abberufung von Vorstandsmitgliedern
 - keine Weisungsbefugnis der HV gegenüber Vorstandsmitgliedern

III. Mögliche Beschlussinhalte der HV bei AG

- Zustimmung der HV zu Geschäftsführungsmaßnahmen nur,
 - wenn Vorstand die HV anruft,
oder,
 - wenn es sich um ein nach § 95 AktG zustimmungsbedürftiges Geschäft handelt und der AR die HV anruft (§ 103/2)

- Feststellung d. Jahresabschlusses d. AG durch HV nur, wenn nicht bereits VStd u. AR den Jahresabschluss gemeinsam festgestellt haben (§§ 96/4, 104/3).

III. Weitere Beschlussinhalte GmbH und AG

- Entlastung von Gf, VStd und Aufsichtsrat
- Bestellung sachverständiger Revisoren bzw Sonderprüfer
- Geltendmachung von Ersatzansprüchen gg Gf, VStd, AR, Gesellschafter u. Aktionäre
- Wahl des Jahres-(Konzern-)Abschlussprüfers
- Satzungsänderung, Kapitalerhöhung¹, Kapitalherabsetzung

¹ Bei AG jedoch „genehmigtes Kapital“ (VStd + AR)

III. Weitere Beschlussinhalte GmbH und AG

- Ausgabe von Genussrechten, Gewinnschuldverschreibungen
- Nur AG: Wandelschuldverschreibung
- Verschmelzung, Spaltung, Umwandlung
- rechtsformändernde Umwandlung (GmbH ↔ AG)
- Auflösung d. Gesellschaft → Liquidation (GmbH: einfache Mehrheit; AG 3/4-Mehrheit)
- Zustimmung zur Veräußerung des Unternehmens als Ganzes

III. Weitere Beschlussinhalte GmbH und AG

- Betriebsführungsvertrag
- Verpachtungsvertrag
- „Holzmüller-Fälle“

=> brauchen HV-Beschluss! (§ 238 AktG; bei GmbH nach hM analog)

IV. Kapitalerhöhung bei GmbH und AG

2 Arten:

- **effektive Kapitalerhöhung** (durch Bar- und Sacheinlage oder anlässlich Verschmelzung)
- **nominelle Kapitalerhöhung** gemäß Kap BG (bilanzielle Rücklagen werden in Stamm- bzw Grundkapital umgewandelt, es wird aber kein neues Vermögen zugeführt)

IV. Kapitalerhöhung bei GmbH und AG

Bei **AG** gibt es

- neben der effektiven „**ordentlichen**“ **Kapitalerhöhung** (§§ 149 ff)
- „**bedingte Kapitalerhöhung**“ (§§ 159 ff) zwecks Bedienung von Umtausch- und Bezugsrechten bei Wandelanleihe oder Verschmelzung oder für Aktienoptionen für VStd, AR leitende Angestellte, Mitarbeiter
- „**genehmigtes Kapital**“ (§§ 169 ff) = Ermächtigung durch die HV an Vorstand und AR. Maximal 5 Jahre Dauer; nur bis 50% des derzeitigen Grundkapitals
- „**bedingt genehmigtes Kapital**“ (§ 159 Abs 3)

IV. Kapitalerhöhung bei GmbH und AG

Ausschluss des Bezugsrechts der Altgesellschafter/Aktionäre bei Kapitalerhöhung

bei **GmbH**: kann der GesV das Bezugsrecht der Gesellschafter generell ausschließen oder durch Kapitalerhöhungsbeschluss mit $\frac{3}{4}$ -Stimmenmehrheit (§ 50, insb Abs 3 GmbHG)

bei **AG**: Satzung kann Bezugsrecht der Aktionäre nicht generell ausschließen (§ 153 Abs 1 AktG). HV kann Bezugsrechtsausschluss mit einfacher Stimmenmehrheit und $\frac{3}{4}$ -Kapitalmehrheit beschließen.

bei **GmbH** und **AG**: **sachliche Rechtfertigung** des Bezugsrechtsausschlusses **notwendig?**

IV. Beispiel: Bezugsrechtsausschluss bei Terranova-GmbH (SZ 53/172 u. GesRZ 1986, 36)

Gesellschafter

Fa. A:	80%	→	40%	Unternehmens- Verkehrswert	€	100 Mio
B:	10%	→	5%	Kapitalerhöhung	+ €	1 Mio
C:	10%	→	5%	gesamt neu	€	101 Mio

Fa. X soll
Kapitalerhöhung um
€ 1 Mio übernehmen



StK: € 1 Mio
Kap.Erh: € 1 Mio
Stk neu: € 2 Mio

Ergebnis: Verwässerung der Altgesellschafter, Verlust relevanter Beteiligungsquoten

V. Anfechtbarkeit von GV-/HV-Beschlüssen

Trotz Einhaltung der förmlichen Beschlussvoraussetzungen besteht Anfechtbarkeit v. GV- oder HV-Beschluss bei **inhaltlicher Rechtswidrigkeit**

V. Anfechtbarkeit von GV-/HV-Beschlüssen bei Verletzung von

- Gleichbehandlungsgrundsatz
- Eingriff in d. Kernbereich d. Mitgliedschaft
- Grundsatz d. Verhältnismäßigkeit (Grds. d. geringsten Last)
- angemessene Rücksichtnahme auf die Interessen der Minderheit
- Grds. d. Bewahrung d. Beteiligungsquoten
- Treuepflicht (OGH JBI 1989, 253; ecolex 2003, 916/375)
- Verbot d. Verfolgung von Sondervorteilen (§ 100 AktG)
- Verbot der sittenwidrigen Schädigung
- Nichtbeachtung eines Stimmrechtsausschlusses, wenn sich andernfalls ein anderes Beschlussergebnis ergeben hätte

V. GmbH: Anfechtungsklage („Nichtigkeitsklage“) gem §§ 41ff GmbHG

- Anfechtungsvoraussetzung: jeder geladene Gesellschafter muss gegen den Beschluss „**Widerspruch zu Protokoll**“ erklärt haben
- Gf muss Protokoll in Kopie an jeden Gesellschafter zusenden
- **Klagefrist:** 1 Monat ab dem Tag der Absendung einer Kopie der gefassten Beschlüsse
- **Formelle Mängel:** wie zB nicht ordnungsgemäße Ladung aller Gesellschafter, unrichtige Stimmenauszählung, (zB Nichtbeachtung von Stimmrechtsausschluss), unrichtige Anwendung gesetzl. oder gesellschaftsvertraglicher Mehrheitserfordernisse

V. GmbH: Anfechtungsklage („Nichtigkeitsklage“) gem §§ 41ff GmbHG

➤ **Materielle Mängel d. Beschlusses:**

- Satzungsverletzung, etwa wenn ein Gesellschafter-Gf, dessen Abberufung auf wichtige Gründe beschränkt ist, ohne wichtigen Grund abberufen wird;
- Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes u.a. Grundsätze
- Verstoß gegen Treuepflicht
- Sittenwidrigkeit d. Beschlusses
- Verstoß gegen Strafrecht, Steuerrecht, Kartellrecht (dann wohl nicht nur „*anfechtbar*“, sondern „*absolut nichtig*“)

V. GmbH: Anfechtungsklage („Nichtigkeitsklage“) gem §§ 41ff GmbHG

- **Positive Beschlussfeststellungsklage** für einen zu Unrecht als abgelehnt erklärt oder treuwidrig abgelehnten Beschlussantrag möglich

V. AG: Anfechtungs- u. Nichtigkeitsklage

(§§ 195ff, 199ff AktG)

- Vorsitzender der HV kündigt Beschlussergebnis; dieses ist vorläufig verbindlich
- VStd hat HV-Protokoll unverzüglich zum Firmenbuch einzureichen, bei börsenotierter AG auch auf Homepage stellen
- Anfechtungsfrist: 1 Monat ab dem Tag der HV
- Anfechtungsvoraussetzung für erschienene Aktionäre: „Widerspruch“ zur Niederschrift

V. AG: Anfechtungs- u. Nichtigkeitsklage

(§§ 195ff, 199ff AktG)

- HV-Beschluss kann angefochten werden wg.
 - **formeller Mängel:** zB Einberufungs- oder Ankündigungsmängel, unrichtige Stimmauszählung, Mitzählung von vom Stimmrecht ausgeschlossener Aktionären, Nichterreichen der gesetzlichen oder satzungsmäßigen Mehrheitserfordernisse; nicht ausreichende Auskünfte in HV – Relevanztheorie (neu gem § 195/4)
 - **materielle Beschlussmängel:** inhaltl. Rechtswidrigkeit, zB Verletzung d. Gleichbehandlungsgrundsatzes der Treuepflicht, Eingriff in Sonderrechte der Aktionäre; Bezugsrechtsausschluss ohne sachl. Grund

V. AG: Nichtigkeitsklage (§§ 199ff AktG)

➤ Absolute Nichtigkeit:

- bei Einberufung durch Unbefugte (§ 105/1)
- Wenn Einberufung die Firma der AG, Tag, Beginnzeit und Ort der HV nicht angibt
- Nichtveröffentlichung in Wiener Zeitung oder d. Einschreibebrief an alle bekannten Aktionäre
- fehlende Beurkundung durch Notar
- Beschluss ist mit dem Wesen der AG unvereinbar oder Verletzung von Vorschriften, die ausschließlich oder überwiegend vom Schutz der Gläubiger der AG oder sonst im öffentl. Interesse gegeben sind
- inhaltl. Verstoß des HV-Beschlusses gegen die guten Sitten

➤ In bestimmten Fällen ist Heilung der Nichtigkeit möglich (§ 200 AktG)

VI. Kapitalherabsetzung bei GmbH und AG

- **effektive „ordentliche“ Kapitalherabsetzung** (§§ 54ff GmbHG; §§ 175ff AktG)

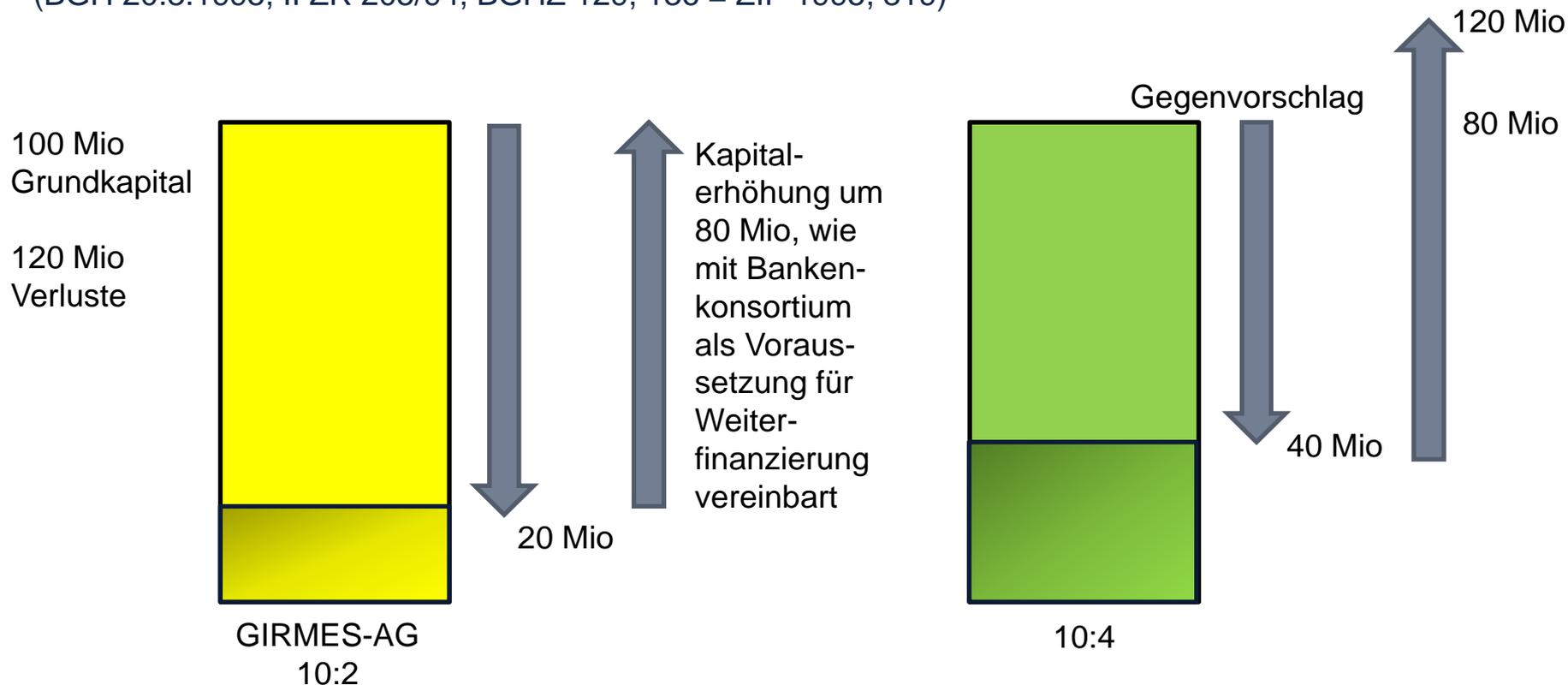
Zweck: Zurückzahlung von Geld (Vermögen) an Gesellschafter jeweils mit Gläubigeraufruf und Sicherstellungsanspruch der sich meldenden Gläubiger

- **„vereinfachte“ Kapitalherabsetzung** (§§ 58ff GmbHG; §§ 182ff AktG)
Nur zum Ausgleich von Bilanzverlusten zulässig.

Zweck: Der Betrag des Stamm- bzw Grundkapitals wird herabgesetzt, die Stammeinlagen bzw Aktieneinlagen verringern sich bzw Aktien werden zusammengelegt, um die Ges für neue Investoren wieder attraktiv zu machen. Es erfolgen keine Kapitalrückzahlungen, daher auch kein Gläubigeraufruf!

VI. Fall „GIRMES-AG“

(BGH 20.3.1995, II ZR 205/94, BGHZ 129, 136 = ZIP 1995, 819)



Lit: J. Reich-Rohrwig, Sanierung durch vereinfachte Kapitalherabsetzung und -erhöhung, GesRZ 2001, 69ff.

VII. Gewinnverteilung/Gewinnverwendung

- bei **AG** u. **GmbH**: Aktionäre und GmbH-Gesellschafter – haben mangels abweichender Regelung in Satzung od. GesV – grds **Anspruch auf Vollausschüttung d. Bilanzgewinns**
 - bei AG können VStd + AR jedoch Rücklagen gewinnmindernd bilden
 - den „Bilanzgewinn“ (nach Bildung von Rücklagen) kann die HV ganz oder teilweise von der Verteilung nur ausschließen, soweit sie aufgrund der Satzung hiezu ermächtigt ist. (siehe *J. Reich-Rohrwig* in *FS Aicher* (2012) 612ff)

- Abschlagszahlung auf Bilanzgewinn des laufenden Geschäftsjahres nur bei AG zulässig (§ 54a)

VII. Gewinnverteilung/Gewinnverwendung

- Regelungen über Gewinnverteilung in Gesellschaftsvertrag und Satzung sind zulässig, etwa
 - die GV/HV beschließt über Gewinnverwendung (d.h. Bildung von Rücklagen; Vortrag des Bilanzgewinns auf neue Rechnung und/oder Auszahlung einer Dividende)
 - gesV Regelungen über Bildung von Rücklagen und Ausschüttungsprozentsätze sowie unterschiedliche Mehrheitserfordernisse sind möglich

VII. Gewinnverteilung/Gewinnverwendung bei GmbH

- grds Anspruch des GmbH-Gesellschafters auf Vollausschüttung d. *Bilanzgewinnes* (§ 82 Abs 1; § 35 Abs 1 Z 1)
 - darf Gf selbst Rücklagen bilden?
- GesVertragl. Regelung zulässig
 - „über *Gewinnverteilung* beschließt GV“
 - Gewinnverwendungsvorschriften in GesV zulässig
- **Gewinnverteilung** erfolgt – sofern ges.vertragl. nichts anderes vereinbart – im Verhältnis d. geleisteten Stammeinlagen
(beachte: Stimmrecht im Verhältnis der übernommenen Stammeinlagen)

VIII. Verbotene Einlagenrückgewähr („verdeckte Ausschüttung“)

- **Lit:** *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung bei AG, GmbH sowie GmbH & Co KG (2004); *Reich-Rohrwig*, Unzulässige Einlagenrückgewähr im Spiegel der Rsp 2003 bis 2013, *ecolex* 2013, 940ff
- Kapitalerhaltung ist ein wesentl. Grundsatz für GmbH u. AG wg beschränkter Gesellschafterhaftung
- richtet sich an Geschäftsführungsorgane
(Gf: § 83 GmbHG; VStd: § 84 Abs 3 Z 1 u. § 66a AktG)
- und an Gesellschafter (§ 82 GmbHG) und Aktionäre (§ 56 AktG)
- Rückerstattungspflicht – ausgenommen gutgläubig bezogene Gewinnanteile (§ 83 Abs 1 GmbHG; § 56 Abs 3 AktG)

VIII. Verbotene Einlagenrückgewähr („verdeckte Ausschüttung“)

- Zulässigkeit von gewöhnlichen Austauschgeschäften zwischen KapGes u. Gesellschafter
 - Kauf-, Werk-, Liefer- od. Lizenzvertrag
 - Dienstvertrag, Pensionszusage

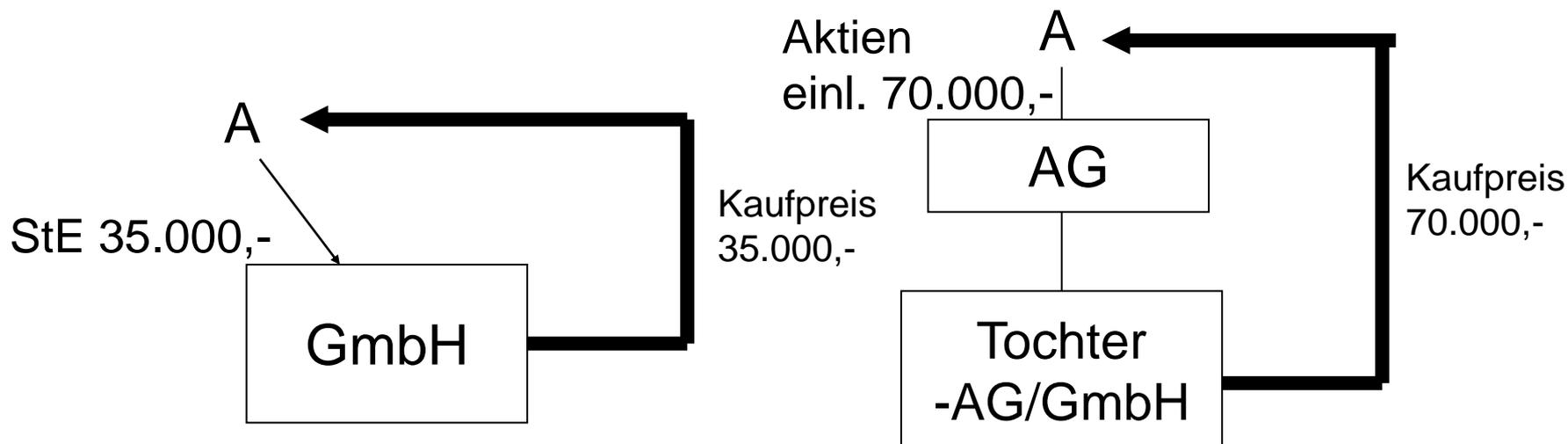
- **mit angemessener Gegenleistung:** KapGes darf im Vergleich zu Drittgeschäften nicht benachteiligt werden
 - Maßstab ist „**Fremdvergleich**“ („*Drittvergleich*“), Bandbreite angemessener Bedingungen
 - weites Begriffsverständnis des Verbots der Einlagenrückgewähr: Es erfasst auch Austauschgeschäfte zu unangemessenen Bedingungen

VIII. Verbotene Einlagenrückgewähr - Beispiele

- Privatausgaben des Gesellschafters werden auf Firmen-kosten verrechnet;
- Baumeister-GmbH erbaut Privathaus für Gesellschafter zu billig;
- GmbH mietet Geschäftslokal zu teuer vom Gesellschafter (OGH 6 Ob 132/10w; 6 Ob 110/12pi; 8 Ob 20/13v);
- Gesellschafter verkauft Liegenschaft an GmbH teurer als Marktpreis

VIII. Verbotene Einlagenrückgewähr

- Ausfluss d. Grds. d. Kapitalerhaltung ist auch das Verbot des Erwerbs „eigener Geschäftsanteile“ (§ 81 GmbHG) bzw „eigener Aktien“ (§§ 65 ff AktG) und das Verbot der Finanzierung des Aktienerwerbs (§ 66a AktG)



VIII. Verbotene Einlagenrückgewähr

- Nach Normzweck: Ausdehnung auf Konzernunternehmen und auf nahe Angehörige von Gesellschaftern und Treuhänder

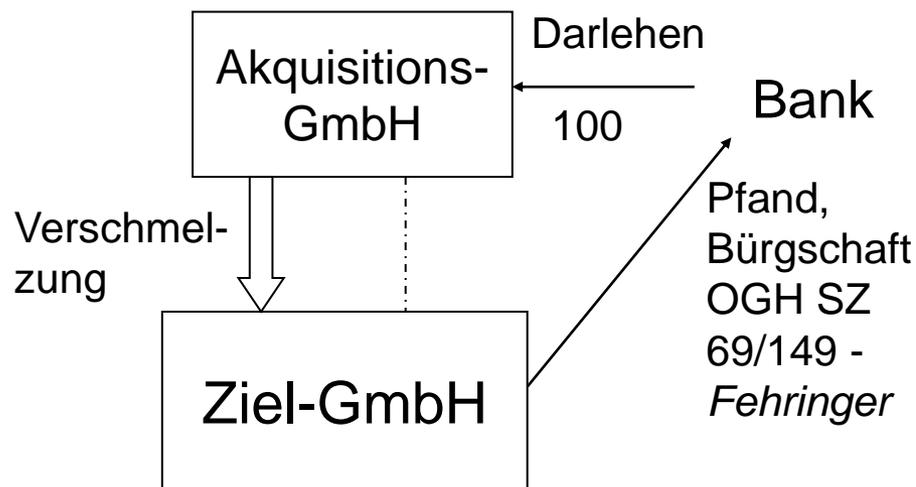
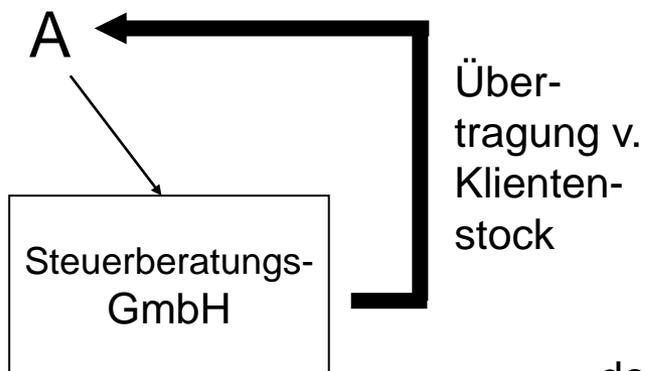
- erfasst auch
 - Darlehensgewährung an Gesellschafter oder dessen Konzernunternehmen
 - Besicherung von Schulden d. Gesellschafters durch die KapGes (OGH GesRZ 2004, 57; ferner vgl OGH 6 Ob 48/12w; 3 Ob 50/13w)
 - Cash Pooling im Konzern

- gilt auch bei Umgründungen

s *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung bei AG, GmbH, GmbH & Co KG (2004)

VIII. Verbotene Einlagenrückgewähr („verdeckte Gewinnausschüttung“)

unzulässig zB
Gesellschafter



down-stream-Verschmelzung: OGH SZ 72/172

VIII. Verbotene Einlagenrückgewähr

- Tochter-GmbH/AG übernimmt für ihre Mutter-Ges (Schwester-Ges: OGH 7 Ob 35/10p) oder für ihren Gesellschafter eine **Bürgschaft** oder **bestellt Hypothek für Bankkredit** (vgl OGH 6 Ob 165/04i; 6 Ob 166/04 m; 7 Ob 35/10p; 6 Ob 48/12w; 3 Ob 50/13v), sofern keine „betriebliche Rechtfertigung“ (OGH 6 Ob 271/05d)
- Unzulässigkeit des Geschäfts kann auch auf finanzierende Bank „durchschlagen“ – dh. Unwirksamkeit der Sicherheitenbestellung bewirken – wenn für die Bank der Gesetzesverstoß „evident“ ist (vgl OGH 6 Ob 48/12w; 3 Ob 50/13w)
- Bezahlung des Anteilskaufpreises an den Altgesellschafter (Verkäufer) aus Vermögen der GmbH

IX. Übertragung v. GmbH-Geschäftsanteilen (GA)

- Geschäftsanteil ist unkörperliche, bewegliche Sache
- jedoch: Gewährleistungsfrist bei Verkauf aller Anteile wie bei unbeweglichen Sachen, d.h. 3 Jahre (überwiegende Ansicht)

IX. Übertragung v. GmbH-Geschäftsanteilen (GA)

- **GmbH**: Übertragung von Geschäftsanteilen erfolgt nach Zessionsgrundsätzen durch Vertrag in **Notariatsaktform** (§ 76)
- Gesetzeszweck d. Notaktform: Immobilisierung der GA, Verhinderung eines börseartigen Handels; Übereilungsschutz
 - gerichtlicher Vergleich ersetzt Notariatsakt
 - tatsächliche Übertragung (ohne NotAkt bzw gerichtlichen Vergleich) und Erfüllung genügen nicht
(OGH 20.10.2004, 7 Ob 110/04k u.v.a. gegen OGH SZ 56/119)
- Anmeldung des Erwerbers bei GmbH; Gf müssen den Erwerber zum Firmenbuch anmelden

IX. Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen

- Auch **Verpflichtung zur künftigen Übertragung** von GmbH-Geschäftsanteilen setzt **Notariatsakt** voraus (§ 76)
- Nicht hingegen, wenn Treuhänder bei Gründung/KapErhöhung den Geschäftsanteil treuhändig für Treugeber übernimmt („Erwerbstreuhand“; OGH SZ 56/153; OGH 8 Ob 259/02 z, ecolex 2004/56; 7 Ob 287/03 m, ecolex 2004/374; 9 Ob 138/06v, ecolex 2007/327),
- wohl aber Notariatsaktpflicht bei „**Vereinbarungstreuhand**“, d.h. bisheriger vollberechtigter Gesellschafter verpflichtet sich, den GA fortan nur als Treuhänder für einen Dritten (Treugeber) zu besitzen (OGH 8 Ob 259/02 z, ecolex 2004/56; 7 Ob 287/03 m, ecolex 2004/374; Auer, Zum Formgebot bei (treuhändiger) Übertragung eines GmbH-Anteils, JBI 2002, 441 ff).

IX. Übertragung von Aktien

Inhaberaktien = Inhaberwertpapier

- Übertragung erfolgt durch Rechtsgeschäft mit Titel und Modus
- Modus = Übergabe der Aktien„urkunde“
- Formfreiheit der Übertragung
- Bei Hauptversammlung kann Bevollmächtigter im Namen des Aktionärs auftreten

Inhaberaktien seit ARÄG 2011 **nur** mehr **für börsennotierte AG zulässig**. Bei nicht börsennotierten AGs müssen Inhaberaktien bis Ende 2013 auf Namensaktien umgestellt werden!

IX. Übertragung von Aktien

➤ **Namensaktie** (§ 61 AktG)

Übergabe erfolgt durch Indossament auf Aktie

(oder durch Abtretungserklärung)

Indossament lautet: „*für mich an Order von XY*“, Unterschrift

- **Anmeldung der Übertragung der Namensaktie** bei AG und **Eintragung des Erwerbers im Aktienbuch** zur Ausübung von Aktionärsrechten erforderlich

IX. Übertragung von Aktien

- Wenn keine Aktienurkunde ausgegeben
(„*nicht verbriefte Mitgliedschaft*“):
 - formfreie Übertragung des Rechts aus der Aktie nach
Zessionsgrundsätzen

- Notwendigkeit der Anmeldung des Erwerbers zur Eintragung im
Aktienbuch

IX. Übertragungsbeschränkungen

- „**Vinkulierung**“ von GA und Aktien im Gesellschaftsvertrag/Satzung:
d.h. **Zustimmung** zur Anteils- bzw. Aktienübertragung ist **erforderlich**
(§ 76 Abs 2, § 77 GmbHG, § 62 AktG)

Die Zustimmung wird erteilt

- bei **GmbH** grds durch **Gesellschafterbeschluss**, sofern lt. GesV kein anderes Organ zuständig (OGH SZ 47/143)
- bei **AG** grds durch **Vorstand** (§ 62), wenn Satzung oder Gesetz (§ 2 Abs 4 InvFG) nichts anderes bestimmt

IX. Weitere Formen der Übertragungsbeschränkung

- Der GesV einer GmbH kann auch weitere Übertragungsvoraussetzungen festsetzen, zB
 - Zustimmung einzelner Gesellschafter (zB Firmengründer)
 - Zustimmung durch Aufsichtsrat, Beirat
 - Vorkaufs-, Aufgriffs-, Mitverkaufsrecht

Lit: s *Reich-Rohrwig*, Übertragung vinkulierter Anteile, *ecolex* 1994, 757ff.

IX. Vinkulierung/Ersetzung d. verweigerter Zustimmung

- Falls Zustimmung zur GA-/Aktien-Übertragung verweigert wird, kann (= hat) das Gericht sie zu ersetzen, wenn
 - die Einlage vollständig eingezahlt ist,
 - ausreichende Gründe für die Verweigerung der Zustimmung fehlen und
 - die Übertragung ohne Schädigung der GmbH/AG, der übrigen Gesellschafter und der Gläubiger erfolgen kann
(§ 77 GmbHG; § 62/2 AktG).

- Falls Gericht die Zustimmung ersetzt, kann jedoch die GmbH/AG binnen 1 Monats einen anderen Erwerber namhaft machen, der zu gleichen Bedingungen erwirbt (§ 77 GmbHG; § 62/2 AktG)

IX. Übertragungsbeschränkung durch Vorkaufsrecht

- gesellschaftsvertragliche Vorkaufsrecht hat dingliche Wirkung → bei Verletzung ist Anteilsübertragung (schwebend) unwirksam (OGH GesRZ 206, 664; NZ 2005, 349)
- außerhalb vom GesV vereinbartes Vorkaufsrecht: Verletzung macht grds nur den Verkäufer schadenersatzpflichtig, bei „(vorsätzlichem) Eingriff in ein fremdes Forderungsrecht“, insb bei Anstiftung zum Vertragsbruch, auch den Erwerber (→ Naturalrestitution)

IX. Teilung von GmbH-Geschäftsanteilen

Beachte:

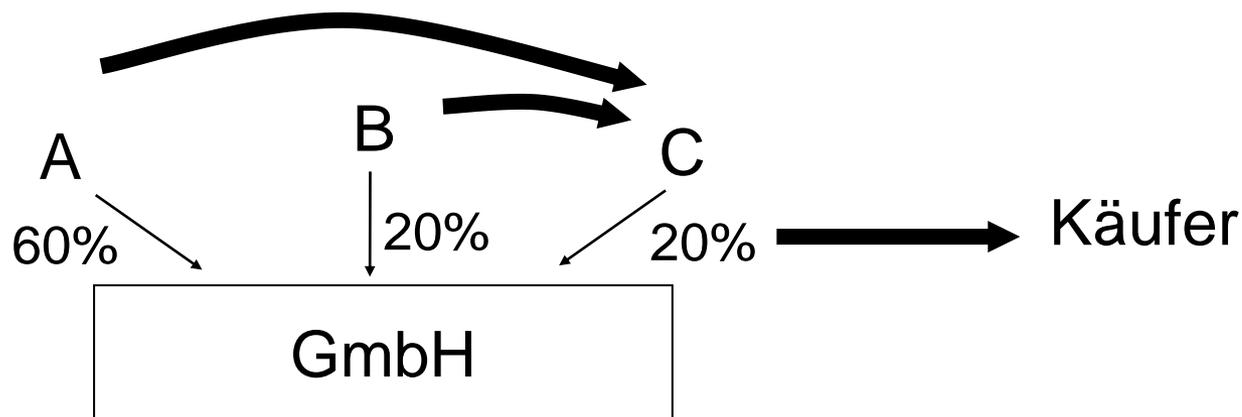
- Jeder Gesellschafter einer GmbH hat nur einen Geschäftsanteil, auch wenn die GAe der einzelnen Gesellschafter ungleich groß sind (zB 1 Ges.er € 1.000, – 1 Ges.er € 11.000,–)
- Die **Teilung** von GmbH-GAen durch Rechtsgeschäft unter Lebenden ist **nur zulässig, wenn im GesV (ausdrücklich) zugelassen.**
- GAe sind bei Vererbung grds teilbar. Dies kann im GesV ausgeschlossen werden. (dann beachte § 80 GmbHG)

IX. Teilung von GmbH-Geschäftsanteilen

- Wenn GAe vinkuliert sind, muss im Falle der Teilung die Zustimmung
 - **schriftlich** erfolgen und
 - sie muss die Person des Erwerbers und die von ihm übernommene Stammeinlage bezeichnen (§ 79 GmbHG)

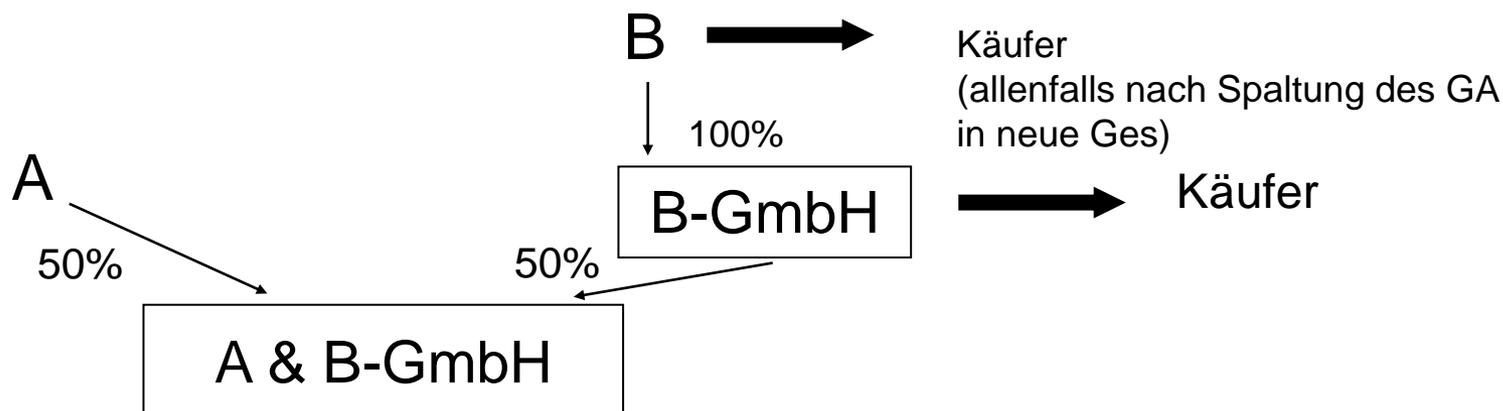
- Ist hier konkludente Zustimmung möglich? Für „gewöhnliche“ Vinkulierung bejahend OGH 31.10.1980, 1 Ob 581/80.

IX. Vorkaufsrecht



- Vorkaufsrecht erstreckt sich nach ABGB nur auf *Kauf* gegen Geld.
- GesVertragliche Ausdehnung (Erweiterung) d. Vorkaufrechts auf andere Veräußerungsarten, wie zB Tausch, Schenkung, Einbringung als Sacheinlage in eine andere Ges, idR empfehlenswert
 - kombiniert mit Preisfestsetzung durch Schiedsgutachter

X. Vorkaufsrecht und Kontrollwechsel („change of control“)



Das Vorkaufsrecht des A an dem von der B-GmbH gehaltenen Geschäftsanteil wird nicht ausgelöst (d.h. läuft leer), wenn nicht die B-GmbH selbst ihren GA an der A&B-GmbH veräußert, sondern B seinen Anteil an der B-GmbH (allenfalls nach vorheriger Spaltung der B-GmbH).

→ daher zweckmäßig: gesellschaftsvertragliche Erweiterung des Vorkaufsrechts auf „**Kontrollwechsel**“ beim Gesellschafter (B-GmbH) iS eines „Aufgriffsrechts“

X. Mitverkaufsrecht – ÜbernahmeG (idF BGBl I 2006/75)

- Für börsennotierte AGs sieht das Übernahmegesetz (ÜbG) im Falle des **Erwerbs** einer **unmittelbar oder mittelbar „kontrollierenden Beteiligung“** die verpflichtende Stellung eines Übernahmeangebots („Pflichtangebot“) an die übrigen Aktionäre vor.
- „kontrollierende Beteiligung“: mehr als **30%** der ständig stimmberechtigten Aktien
- sowohl unmittelbar als auch mittelbar kontrollierende Beteiligung werden erfasst.

Sanktion bei Unterlassen:

- Ruhen des Stimmrechts des Erwerbers,
- evtl. Verfall von Zahlungen u.a. (§ 34 ÜbG) und
- Verwaltungsübertretung mit Geldstrafen von € 5.000,-- bis € 50.000,-- (§ 35 ÜbG)

X. Mitverkaufsrecht – ÜbernahmeG

(idF BGBl I 2006/75)

Zweck des Übernahmegesetzes:

Beteiligung der Minderheitsaktionäre an der „Kontrollprämie“ für das Mehrheitspaket.

Ein Preisabschlag für die Aktien der Minderheitsaktionäre ist nicht zulässig

Beispielsfälle von Pflichtangeboten und freiwilligen Übernahmeangeboten der letzten Jahre:

- Bank Austria/HVB
- Böhler-Uddeholm AG
- Investkredit AG

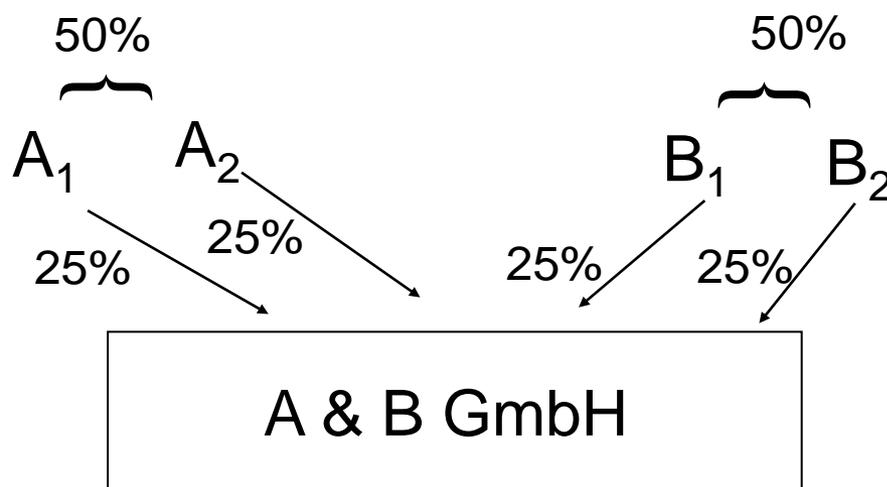
X. gesellschaftsvertragliche Vereinbarung eines Mitverkaufsrechts

- GmbH-Anteile u. Aktien von Minderheitsgesellschaftern sind schwer verkäuflich. Aus denselben Gründen wie ÜbG kann der Gesellschaftsvertrag der GmbH oder ein Syndikatsvertrag (auch Satzung der AG ?) ein Mitverkaufsrecht festsetzen.
- Nähere vertragliche Ausgestaltung ist zweckmäßig

X. Kündigung des Gesellschaftsverhältnisses

- Gesetzliches Kündigungsrecht bei **GesBR** zu **OG** u. **KG**
vgl §§ 1211 u 1212 ABGB; § 132 UGB; Auflösungsklage gem § 133 UGB
- **Weder** das **GmbHG** noch das **AktG** sehen ein gesetzliches Kündigungsrecht oder eine Auflösungsklage aus wichtigem Grund vor
- Bei der **GmbH** kann ein Kündigungsrecht im GesV vereinbart werden; häufig wird es mit einem Aufgriffsrecht der übrigen Gesellschafter am GA des Kündigenden kombiniert, um die Liquidation der Ges zu vermeiden

X. Beispiel zum Kündigungs- u. Aufgriffsrecht



Ehestreit im Hause A . A₂ kündigt (aus Rachsucht). Der GesV sieht ein Aufgriffsrecht der übrigen Gesellschafter vor, das die Gesellschafter im Verhältnis ihrer GAe ausüben können.

X. Beispiel zum Kündigungs- u. Aufgriffsrecht

Ergebnis: Der Geschäftsanteil von A_2 wird zu je $8 \frac{1}{3}\%$ aufgeteilt auf A_1 , B_1 und B_2 .

A_1 gerät dadurch in die Minderheit (nun: $33 \frac{1}{3}\%$).

Zweckmäßig wäre es (gewesen), ein **gruppenweises Aufgriffsrecht** zu vereinbaren, sodass der GA von A_2 primär vom Gesellschafter derselben Gruppe (A_1) erworben werden kann.

XI. Ausschluss von Gesellschaftern u. Aktionären

- **gesetzliche Ausschlussgründe** bei GmbH u. AG sind nur der **qualifizierte Verzug mit Leistung**
 - der Einlage (§ 66 GmbHG, § 58 AktG)
 - von gesellschaftsvertraglich vereinbarten Nachschüssen (§ 73 GmbHG)

- Im **GmbH-GesV** und im Syndikatsvertrag können weitere Ausschlussgründe festgesetzt werden (OGH SZ 69/37)

Lit: *J. Reich-Rohrwig*, Ausschluss von Aktionären durch Zwangseinziehung ihrer Aktien, GesRZ 2011, 137ff; *J. Reich-Rohrwig*, Ausschluss von GmbH-Gesellschaftern aus wichtigem Grund nach der GesBR-Reform in FS *Koppensteiner II* (2016) 235ff.

XI. Ausschluss von bis zu 10%-Gesellschafter-/Aktionärs-Minderheit (ÜbernahmeRÄG 2006 – Gesellschafterausschlussgesetz)

- Umsetzung der RL 2004/25/EG (ÜbernahmeRL) in nationales Recht
- Gesetzgeber regelte bei dieser Gelegenheit den bisher verstreut geregelten Ausschluss von Minderheitsgesellschaftern („*Squeeze-out*“) einheitlich im **GesAusG**
- Bisher drei Möglichkeiten zum Ausschluss von Minderheitsgesellschaftern:
 - Verschmelzende Umwandlung auf den Hauptgesellschafter
 - Errichtende Umwandlung in eine Personengesellschaft
 - Nicht verhältnismäßige Spaltung gemäß SpaltG

XI. Gesellschafterausschlussgesetz

(GesAusG - BG über den Ausschluss von Minderheitsgesellschaftern)

- Hauptversammlung (AG) bzw Generalversammlung (GmbH) kann mit 90%-Kapitalmehrheit beschließen, alle Anteile der übrigen Gesellschafter auf den Hauptgesellschafter gegen Gewährung einer angemessenen Barabfindung zu übertragen – „*Squeeze-out*“
(§ 1 GesAusG).

- **Hauptgesellschafter** ist, wer im Zeitpunkt der Beschlussfassung Anteile in der Höhe von mind. 9/10tel des Grund- bzw Stammkapitals einer Gesellschaft hält

Beispiele: *BWT AG, MIBA AG*

XI. Gesellschafterausschlussgesetz

(GesAusG - BG über den Ausschluss von Minderheitsgesellschaftern) (Forts.)

- Ausschluss von Minderheitsgesellschaftern/-aktionären mit insgesamt maximal 10 % Kapitalbeteiligung möglich; Bericht über den geplanten Ausschluss muss erstellt werden (§ 3 GesAusG).
- Hauptgesellschafter hat Ausgeschlossenen eine angemessene Barabfindung zu gewähren (§ 2 GesAusG); sie kann auf Antrag jedes Minderheitsgesellschafters gerichtlich überprüft werden (§ 6 GesAusG).

XII. Unternehmensverkauf (Asset Deal) durch GmbH/AG

- **Veräußerung des Gesellschaftsvermögens** als Ganzes durch AG/GmbH - „**Asset Deal**“
(§ 237 AktG, § 90/4 GmbHG)
- Zustimmung der Generalversammlung (§ 90/4 GmbHG) bzw der Hauptversammlung (§ 237 AktG) zum Verkauf des Vermögens als Ganzes mit 3/4-Mehrheit erforderlich (bei sonstiger Unwirksamkeit des Verkaufs)
- Unternehmens-Verkauf: Einzelrechtsnachfolge, aber § 38 UGB sieht Erleichterung vor; Spezialregelungen, zB § 12a MRG, § 3 AVRAG und §§ 69 ff VersVG, sind zu beachten.

XII. Anteilskauf (Share Deal)

- die Anteile (d.h. GmbH-Geschäftsanteile bzw Aktien) am Rechtsträger (GmbH, AG) werden verkauft und übertragen. Der Rechtsträger (d.h. GmbH oder AG) bleibt formal identisch
- Frage, ob Gesellschafterwechsel den Vertragspartner der KapGes zur, vorzeitigen Vertragsauflösung aus wichtigem Grund berechtigt
- Verträge sehen – zunehmend häufiger – Kontrollwechsel-Klauseln (change-of-control-Klauseln) vor, zB Kreditverträge, Anleihen, Händlerverträge, Gesellschaftsverträge, Bestandverträge in EKZ

XII. Unternehmenstransaktionen

- Veräußerung aller / der Mehrheit / einer kontrollierenden Minderheit der **Aktien** oder **GmbH-Geschäftsanteile** durch Aktionäre oder Gesellschafter – „**Share Deal**“ – verschafft wirtschaftl. Verfügungsmacht od. Leitungskompetenz im Unternehmen
- Folge ist häufig die Eingliederung d. Unternehmens in jenes des Erwerbers
- Kartellrechtlich: „Zusammenschluss“

XII. Unternehmenstransaktionen

Im Kleinen:

- Vertragsverhandlungen
- evtl. Kaufprüfung („Due Diligence-Prüfung“)
- Abschluss des Aktienkaufvertrages oder Abtretungsvertrag über GmbH-Geschäftsanteil zwischen Verkäufer und Käufer
- Häufig äußerst rudimentäre Vertragsbestimmungen
- Vertragsabschluss und Zug-um-Zug-Kaufpreiszahlung (bar, Bankeigenscheck)

XII. Ablauf einer M&A-Transaktion (Bieterverfahren)

- Prüfung der Zielgesellschaft durch Verkäufer bzw. Verkaufsberater („vendors due diligence“)
- Erstellung eines „Teaser-Letters“
- Versendung des Teaser-Letters an potenzielle Interessenten
- Erstellung eines Informations-Memorandums über die Zielgesellschaft
- Unterfertigung einer Vertraulichkeitserklärung durch Kaufinteressenten
- Übermittlung des Info-Memorandums an konkrete Interessenten
- Erstellung d. „Long List“ möglicher Käufer

XII. Ablauf einer M&A-Transaktion (Bieterverfahren) (Forts.)

- Einladung zur Abgabe eines indikativen Angebots auf Basis des Informationsmemorandums
- Bewertung der Angebote durch Verkäufer, Erstellung einer „Short-List“
- Zusammenstellung eines Datenraums, regelmäßig Unterteilung nach Sensibilität der Dokumente in
 - generellen Datenraum und
 - besonders vertraulichen Datenraum („red files“)
- Einladung der Bieter (Short List) in den Datenraum zur Durchführung der **Due Diligence Prüfung** („DD“), regelmäßig nach Abgabe einer weiteren, konkreteren Vertraulichkeitserklärung

XII. Ablauf einer M&A-Transaktion (Bieterverfahren) (Forts.)

- Durchführung der DD (rechtlich, wirtschaftlich, technisch) durch die Bieter, Managementpräsentationen gegenüber den Bietern
- Abgabe bindender Angebote auf Basis der Informationen der Due Diligence und auf Basis eines vom Verkäufer zur Verfügung gestellten Entwurfes eines Anteilskaufvertrages
- Verkäufer bewertet die Angebote und wählt die besten Bieter (meist 2 bis 4) für Endverhandlungen aus
- „Red File“-Due Diligence

XII. Ablauf einer M&A-Transaktion (Bieterverfahren) (Forts.)

- Endverhandlung des Kaufvertrages
- **Signing** des Kaufvertrages (Abschluss des [schuldrechtlichen] Vertrages, noch ohne sachenrechtliche Übertragung)
- Erfüllung der aufschiebenden Bedingungen, insb Einholung erforderlicher Genehmigungen, zB gem KartG u. FKVO der Bundeswettbewerbsbehörde oder der Europäischen Kommission (Zusammenschlusskontrolle), Grundverkehrsbehörde, Erklärungen von Vertragspartnern
- **Closing** (sachenrechtl. Übergabe der Aktien oder Geschäftsanteile gegen gleichzeitige Kaufpreiszahlung)

Danke für Ihre Aufmerksamkeit!

**Die nächste Vorlesung findet am
6. November 2019 um 17:00 Uhr
im U 15 statt!**

**Bitte rufen Sie die Unterlage für jede Vorlesung
von der Homepage www.cms-rrh.com ab**