



## Newsletter Corporate/M&A Issue 4|2020

Die Themen dieses Newsletters:

1. [Der minderjährige GmbH-Gesellschafter](#)
2. [Neue Serie: Der Aufsichtsrat in der AG](#)
3. [OGH zum Rechtsmissbrauch beim Gesellschafterausschluss](#)
4. [Zur Erinnerung: Vorsicht bei der Formulierung von Kauf- und Abtretungsverträgen über GmbH-Geschäftsanteile](#)
5. [Investitionskontrollgesetz: Österreichische Unternehmen kaufen wurde schwerer gemacht](#)

---

### 1. Der minderjährige GmbH-Gesellschafter

#### 1. Einleitung

Die Zahl der Familienunternehmen in Österreich wächst stetig. Etwa 87% der österreichischen Unternehmen werden aktuell als Familienunternehmen geführt. Jeder Familienunternehmer ist früher oder später mit der Frage konfrontiert, wem und wann er seinen Geschäftsanteil überträgt, wobei idR eine Übertragung an die nächste Generation innerhalb der Familie angestrebt wird.

Bei unregelmäßig unternehmerischen Verlassenschaften kann es vorkommen, dass die minderjährigen Kinder Erben des Unternehmens werden. Dies sollte im Rahmen einer sorgfältigen Unternehmensnachfolgeplanung verhindert werden.

#### 2. Übertragung des GmbH-Geschäftsanteils im Erbrechtsweg

Der GmbH-Geschäftsanteil ist vererblich. Verstirbt der bisherige Gesellschafter so fällt sein Geschäftsanteil in die Verlassenschaft. Hinterlässt der Gesellschafter minderjährige Kinder würden diese (neben sonstigen gesetzlichen Erben) als seine gesetzlichen Erben mangels letztwilliger Verfügung den GmbH-Geschäftsanteil erben, vorausgesetzt der Erbantrittserklärung wird die pflegschaftsgerichtliche Genehmigung erteilt. Das Pflegschaftsgericht hat im konkreten Fall zu beurteilen, ob die Übertragung gemessen an der Ausgestaltung der jeweiligen Gesellschaftsstellung sowie den Einkommens- und Vermögensverhältnissen des Minderjährigen dem Kindeswohl entspricht. Dementsprechend hängt die wirksame Übertragung des GmbH-Geschäftsanteils an den Minderjährigen jedenfalls von einer positiven Entscheidung des Pflegschaftsgerichts ab.



# works

Die Abhängigkeit vom Pflschaftsgericht setzt sich nach der erfolgreichen Übertragung des Geschäftsanteils an den Minderjährigen fort, da auch für die Stimmrechtsausübung bzw die Ausübung sonstiger Gesellschafterrechte, sofern es sich um Maßnahmen des außerordentlichen Wirtschaftsbetriebes handelt, die Zustimmung des Pflschaftsgerichtes erforderlich ist. Oft bereitet bereits die Frage ob eine Maßnahme überhaupt in den außerordentlichen Wirtschaftsbetrieb fällt und sohin einer pflschaftsgerichtlichen Genehmigung bedarf, Schwierigkeiten.

Die Beteiligung eines Minderjährigen an der GmbH führt sohin zu Ungewissheit sowie zu zwingend einzuhaltenden, komplexen Verfahrensabläufen, welche unter anderem die Handlungsfähigkeit der GmbH lähmen.

### **3. Die Alternativen zur Deckung des Pflichtteils des Minderjährigen**

Es ist daher mittels letztwilliger Verfügung eine Gestaltung anzustreben, durch welche die Zeit bis zum Erreichen der Volljährigkeit überbrückt und der Eintritt des Minderjährigen als Gesellschafter der GmbH vermieden wird.

Alternativ zum Erwerb des Geschäftsanteils im Erbrechtsweg besteht zB die Möglichkeit den Pflichtteil des Minderjährigen durch Einräumung eines Fruchtgenussrechts an dem GmbH-Geschäftsanteil zu decken. Durch das Fruchtgenussrecht erwirbt der Minderjährige einen Anspruch auf einen jährlichen Anteil am Gewinn der GmbH. Das Fruchtgenussrecht dient neben der Deckung des dem Minderjährigen zustehenden Pflichtteils insbesondere auch seiner langfristigen Versorgung.

Zusätzlich kann eine Nacherbschaft angeordnet werden, welche vorsieht, dass der Minderjährige erst bei Erreichen der Volljährigkeit oder eines bestimmten Alters den GmbH-Geschäftsanteil erhält.

### **4. Empfehlung**

Wie die vorangegangene Ausführung zeigt, ist die Übertragung eines GmbH-Geschäftsanteils an einen Minderjährigen sowie die Verwaltung seines Geschäftsanteils von der ständigen Mitwirkung des Pflschaftsgerichts abhängig. Dieser Notwendigkeit kann durch entsprechende Vorkehrungen mittels letztwilliger Verfügung erfolgreich entgegengewirkt werden.

Das Erbrechtsteam von Müller Partner Rechtsanwälte steht Ihnen für eine umfassende Beratung (persönlich, wie auch telefonisch oder per Videokonferenz), sowie die Erarbeitung einer Ihren Wünschen entsprechenden letztwilligen Verfügung gerne zur Verfügung.

*Martin Melzer / Katharina Müller*



# works

## 2. Neue Serie: Der Aufsichtsrat in der AG

Als selbst auch Aufsichtsrat in einer AG im Finanzdienstleistungssektor bin ich noch immer sprachlos, wenn ich an die jüngsten Vorkommnisse rund um die Commercialbank Mattersburg denke. Dass es hier Versäumnisse des wichtigsten internen Kontrollorgans dieser Aktiengesellschaft gab bezweifelte schon kurz nach Aufpoppen des Skandals kaum jemand. Wir haben uns auch anlässlich dessen dazu entschlossen, in einer neuen Serie „Der Aufsichtsrat in der AG“ ab der nächsten Ausgabe unseres Corporate/M&A-Newsletters zentrale Themen zum Aufsichtsrat zu beleuchten. Den Anfang macht meine Kollegin Stefanie Ringhofer mit „Die richtige Besetzung eines Aufsichtsrats“.

*Gernot Wilfling*

## 3. OGH zum Rechtsmissbrauch beim Gesellschafterausschluss

Das mittlerweile einige Jahre zurückliegende Delisting der BWT AG beschäftigte kürzlich erneut den OGH ([6 Ob 56/20h](#)). Minderheitsaktionäre der BWT AG als Beklagte in diesem Verfahren haben versucht, den Hauptversammlungsbeschluss vom August 2017 über den Gesellschafterausschluss nach GesAusG („Squeeze out“) für nichtig erklären zu lassen. Der Entscheidung lag im Wesentlichen folgender Sachverhalt zugrunde:

- Die BWT hat mit fünf Aktienrückkaufprogrammen zwischen 2008 und 2013 (auf Basis entsprechender Hauptversammlungsermächtigungen) eigene Aktien im Ausmaß von insgesamt rund 6% des Grundkapitals erworben. Dies mit dem Ansinnen, die eigenen Aktien gegebenenfalls als Transaktionswährung zu verwenden (wozu es tatsächlich nie kam, wobei es aber mehrfach bei Transaktionen diesbezügliche Erwägungen gab). Beim Rückkauf der eigenen Aktien ist es kein Motiv oder Ziel der Gesellschaft gewesen, die Voraussetzungen für einen Gesellschafterausschluss zu schaffen.
- In der Folge versuchte die BWT, mittels Down-stream-Verschmelzung ein kaltes Delisting aus dem Amtlichen Handel der Wiener Börse zu bewerkstelligen, scheiterte daran aber letztlich mangels höchstgerichtlich diagnostizierter Zulässigkeit der gewählten Struktur.
- Erst dann kam die Idee eines Squeeze outs auf. Die Hauptaktionärin (bei welcher es personelle Verflechtungen mit der BWT gab) legte ein freiwilliges öffentliches Übernahmeangebot nach ÜbG zum Kauf sämtlicher Aktien der BWT AG, um mit dem geplanten Anbot eine Aufstockung ihres BWT-Anteils auf 90% oder mehr des Grundkapitals zu erreichen (also die Voraussetzung für das Squeeze out zu schaffen), was ihr auch gelang. Die BWT hat ihre eigenen Aktien, trotz Bestehen einer Hauptversammlungsermächtigung zur Wiederveräußerung eigener Aktien auf



# works

anderem Weg als über die Börse oder ein öffentliches Angebot, im Zuge des Übernahmeangebots nicht an die Hauptaktionärin verkauft.

- Sodann wurde in der erwähnten Hauptversammlung über den Antrag der Hauptaktionärin auf Gesellschafterausschluss abgestimmt, welcher (wenig überraschend) die erforderliche Mehrheit erzielte.

Die klagenden Minderheitsaktionäre sind der Ansicht, das Gesellschafterausschlussverlangen sei rechtsmissbräuchlich, treu- und sittenwidrig, weil die Hauptaktionärin ihre 90%ige Beteiligung nur erreicht habe, indem die BWT in gemeinsamer Abstimmung mit ihr ihre eigenen Aktien pflichtwidrig nicht verkauft habe. Ohne das pflichtwidrige Behalten der Aktien wäre das Squeeze out nach Ansicht der Klägerinnen entweder gescheitert oder der Hauptaktionärin wesentlich teurer gekommen. Der BWT und damit (indirekt) auch ihren Minderheitsaktionären sei ein beträchtlicher finanzieller Nachteil entstanden, weil sich der Wert der eigenen Aktien (der Übernahmepreis im Übernahmeverfahren betrug EUR 23 je Aktie, die Abfindung beim Gesellschafterausschluss dagegen EUR 16,51) nicht im Vermögen der Gesellschaft wiederfinde. Gleichzeitig sei die Hauptaktionärin pflichtwidrig begünstigt worden.

Die Klägerinnen unterlagen der BWT in diesem Verfahren (aus meiner Sicht nicht überraschend) in allen Instanzen. Die wesentliche Begründung des OGH, weshalb Rechtsmissbrauch nicht vorlag:

- Das AktG sieht nur für bestimmte (hier nicht anwendbare) Fälle eine Veräußerungspflicht betreffend eigener Aktien vor. Aus einem Gegenschluss ist abzuleiten, dass in den übrigen Fällen gerade kein Abbau des Bestands eigener Aktien geboten ist; eine Aktiengesellschaft darf daher zulässigerweise erworbene eigene Aktien auch auf Dauer behalten.
- Dadurch, dass die Aktienrückerwerbe mit der Zielsetzung, die erworbenen eigenen Aktien gegebenenfalls als Transaktionswährung einsetzen zu können, erfolgten, sind die eigenen Aktien der BWT für einen anderen Einsatz „gesperrt“. Ein Verkauf der eigenen Aktien im Übernahmeverfahren kam für die BWT daher nicht in Frage.
- Überhaupt sei der Gesellschafterausschlussbeschluss selbst nicht an den Kriterien des Rechtsmissbrauchs oder der Treuwidrigkeit zu prüfen. Der Gesetzgeber habe mit dem GesAusG nämlich bereits die Interessenabwägung zwischen Hauptgesellschafter und Minderheitsaktionären vorgenommen und diese Grundentscheidung für die Zulässigkeit eines Gesellschafterausschlusses dürfe nicht konterkariert werden; die Anfechtung eines Ausschlussbeschlusses wegen Rechtsmissbrauchs bzw Treuwidrigkeit wäre vielmehr nur dann möglich, wenn gerade die Voraussetzungen für den Gesellschafterausschluss rechtsmissbräuchlich herbeigeführt würden. Letzteres war nach dem im Verfahren festgestellten Sachverhalt aber gerade nicht der Fall,



# works

weil bei Durchführung der Aktienrückkaufprogramme das Squeeze out nicht Motiv oder Ziel gewesen ist.

- Ein sorgfaltswidriges Unterlassen des Verkaufs der eigenen Aktien könnte daher zwar den Vorstand möglicherweise schadenersatzpflichtig machen; nicht jedes sorgfaltswidrige Vorgehen ist aber zugleich schon rechtsmissbräuchlich.

Auch andere, von den klagenden Minderheitsaktionären zur Stützung ihres Begehrens vorgebrachte Argumente teilte der OGH nicht. Dazu gehört etwa die Behauptung, die Anordnung im GesAusG, dass eigene Aktien bei der Berechnung der 90%-Schwelle für das Ausschlussverlangen nicht mitzuzählen sind, sei verfassungs- und unionsrechtswidrig. Auch behauptete Informationspflichtverletzungen, Verletzungen des Auskunftsrechts der Aktionäre und Befangenheiten sah das Höchstgericht im gegenständlichen Fall nicht.

*Valentina Treichl*

## **4. Zur Erinnerung: Vorsicht bei der Formulierung von Kauf- und Abtretungsverträgen über GmbH-Geschäftsanteile**

Bei Unternehmenskäufen fallen der Zeitpunkt der Unterschrift des Vertrags (Signing) und die tatsächliche Übertragung der Anteile (Closing) häufig auseinander. Die Gründe dafür sind vielfältig, häufig wird etwa die Übertragung erst mit Kaufpreiszahlung wirksam. Besondere Vorsicht ist hierbei geboten, wenn GmbH-Geschäftsanteile veräußert werden. Der OGH judiziert hier bekanntlich, dass sowohl das Verpflichtungs-, als auch das Verfügungsgeschäft notariatsaktspflichtig sind.

Nun will man natürlich vermeiden, wegen einem Unternehmenskauf zweimal einen Notar hinzuziehen zu müssen (also allenfalls auch mit einem formlosen „Closing-Protokoll“ auszukommen). Mit geschickter Formulierung lässt sich dieses Ziel erreichen, dass dabei auch etwas schiefgehen kann, zeigt eine jüngere OGH-Entscheidung (6 Ob 59/20z): Das Höchstgericht sah in der Formulierung in einer Gesellschaftervereinbarung, es werden „spätestens am ... die folgenden Geschäftsanteile ... übertragen“ als darauf hindeutend an, dass die Parteien das Verfügungsgeschäft separat abschließen wollten. Den erforderlichen Willen der Vertragsparteien dahingehend, gleichzeitig mit der Vereinbarung (dem Verpflichtungsgeschäft) auch die Übertragung der Geschäftsanteile (das Verfügungsgeschäft) zu bewirken, sah der OGH (wie die Vorinstanzen) als nicht ausreichend dokumentiert an.

Die Konsequenzen sind gravierend: Eine spätere Heilung eines Formmangels des Verfügungsgeschäfts ist nämlich nicht möglich. Mit einer saubereren Formulierung wäre dies vermeidbar gewesen, etwa: „Der Verkäufer verkauft und überträgt hiermit seinen Geschäftsanteil [genaue Beschrei-



# works

bung] auf den Käufer, welcher den Verkauf und die Übertragung annimmt“. Dass dann ein von der Kaufvertragsunterfertigung abweichender Stichtag vereinbart wird, an dem die Übertragung stattfindet (nicht: die Anteile übertragen werden) schadet dagegen nicht.

Nicht weniger interessant, äußerte sich der OGH in der zitierten Entscheidung auch (in einem obiter dictum) zur Beurkundung der Geschäftsanteilsübertragung im Ausland, konkret durch einen deutschen Notar. Die Beurkundung nach dem deutschen Konsulargesetz sei mit einem Notariatsakt nach österreichischem Recht im Hinblick auf die Einhaltung der Formpflicht rechtlich nicht gleichwertig. Er verneinte dies mit dem Argument, dass der Zweck eines Notariatsaktes in der Belehrung über Risiken und Gefahren liege und die genau bei der Übertragung von Geschäftsanteilen typischerweise vorliegen werden. Durch Beurkundung nach dem deutschen Konsulargesetz werde der Belehrungspflicht jedenfalls nicht ausreichend entsprochen.

*Stefanie Ringhofer*

## **5. Investitionskontrollgesetz: Österreichische Unternehmen kaufen wurde schwerer gemacht**

Käufern aus Drittländern wurde es im Jahr 2020 erschwert, Anteile an österreichischen Unternehmen zu erwerben. Hintergrund ist das Investitionskontrollgesetz („InvKG“). Mit diesem Gesetz soll der viel zitierte „Ausverkauf der heimischen Wirtschaft“ verhindert werden.

Das InvKG ist Teil eines Trends, wichtige heimische Unternehmen vor dem Erwerb/Einstieg ausländischer, insbesondere chinesischer, Investoren zu schützen. Das InvKG ersetzt § 25a Außenwirtschaftsgesetz (AußWG), der in der Praxis wegen des engen Anwendungsbereichs nie wirklich Bedeutung erlangt hatte: Erwerbsvorgänge waren nur relevant, wenn eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zu befürchten war und das Gesetz knüpfte (nur) an den Erwerb zumindest einer 25%-Sperrminorität an. Auf weitere wesentliche Erwerbsvorgänge (zB Asset Deals) war das AußWG dagegen nicht anwendbar. Auch der mittelbare Erwerb war nur umfasst, wenn dem (mittelbaren) Erwerber eine Umgehungsabsicht nachgewiesen werden konnte.

Das InvKG erweitert den Anwendungsbereich insbesondere um eine breite Palette an „kritischen“ Infrastrukturen, Technologien und Ressourcen, welche demonstrativ in den Anlagen 1 und 2 aufgelistet sind. Umfasst sind dabei insbesondere kritische Bereiche der digitalen Wirtschaft, aber auch andere sehr weit gefasste Branchen und Gütergruppen (wie etwa „Rohstoffversorgung“, „Lebensmittelindustrie“ oder „Zugang zu sensiblen Informationen einschließlich personenbezogener Daten oder die Fähigkeit, solche Informationen zu kontrollieren“). Dadurch können viele Unternehmen potentiell dem InvKG unterfallen und es wird im Vorfeld von Transaktionen häufig Sinn machen, dass man für Unternehmen einen Antrag auf Erteilung einer Unbedenklichkeitsbescheinigung stellt.



# works

Nach dem InvKG ist in besonders sensiblen Bereichen schon der Erwerb von 10% und in weiterer Folge das Erreichen oder Überschreiten von 25% und 50% der Stimmrechte genehmigungspflichtig, in den übrigen Bereichen das Erreichen oder Überschreiten von Stimmrechtsanteilen von 25% bzw 50%. Dadurch wird der Anwendungsbereich im Vergleich zur starren 25%-Grenze des § 25a AußwG erweitert. Erfasst ist im InvKG auch der mittelbare Erwerb eines beherrschenden Einflusses oder von wesentlichen Vermögensbestandteilen eines Unternehmens.

Eine viel diskutierte Ausnahme von der Genehmigungspflicht wurde für „Startups“ geschaffen, indem der Erwerb von Unternehmen mit weniger als zehn Beschäftigten und einem Jahresumsatz oder einer Jahresbilanzsumme von unter EUR 2 Millionen ausgenommen ist.

Unterfällt eine Transaktion dem InvKG ist sie von der (mittelbar) erwerbenden Person bzw subsidiär auch vom Zielunternehmen zur Genehmigung anzumelden. Die Anmeldung hat nunmehr unverzüglich nach Abschluss des schuldrechtlichen Vertrages über den Erwerb stattzufinden. Die Wirtschaftsministerin hat dann binnen eines Monats bescheidmäßig festzustellen, dass eine Prüfung unterbleiben kann oder keine Bedenken bestehen oder dass ein vertieftes Prüfungsverfahren einzuleiten ist. Der Investitionskontrolle unterliegende Vorgänge gelten im InvKG daher ex-lege als unter der aufschiebenden Bedingung der Genehmigung abgeschlossen (umsichtige Vertragsgestalter werden das natürlich dennoch auch im Vertrag abbilden).

Eine ausländische Direktinvestition kann nach dem InvKG nur bei einer tatsächlichen und hinreichend schweren Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung untersagt werden. Entscheidend ist hier die EuGH-Judikatur, wonach eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung iSv Art 52 und Art 65 AEUV nur dann Beschränkungen rechtfertigen kann, wenn es sich um eine „tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung handelt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt“ (vgl dazu etwa die EuGH-Judikate Bouchereau, Rutili, Association Église de scientologie de Paris).

Ob das InvKG den befürchteten „Ausverkauf der heimischen Wirtschaft“ verhindern können wird, ist schwer zu beurteilen. Viel wird davon abhängen, wie die Vollziehung mit den vielen unbestimmten und somit auslegungsbedürftigen Bestimmungen umgehen wird. Klar erscheint, dass die Kontrolle von ausländischen Investitionen in der Transaktionspraxis an Bedeutung zunehmen wird.

*Sebastian Sieder*



works



**Information**

Mag. Gernot Wilfling  
T +43 1 535 8008, E [g.wilfling@mplaw.at](mailto:g.wilfling@mplaw.at)

Dr. Martin Melzer, LL.M.  
T +43 1 535 8008, E [m.melzer@mplaw.at](mailto:m.melzer@mplaw.at)

Müller Partner Rechtsanwälte GmbH  
Rockgasse 6, 1010 Wien  
[www.mplaw.at](http://www.mplaw.at)