

Vinkulierung und Aufgriffsrechte

Freitag, 8. Juni 2018

Inhalt

Vinkulierung

- gesetzlich verpflichtende
- freiwillige

Aufgriffsrecht

Vinkulierung

Vinkulierung

Gesetzlich verpflichtende Vinkulierung

- » § 8 Abs 1 GmbHG: sozietäre Nebenleistungspflichten → **§ 8 Abs 2: "Dasselbst"** ist auch festzusetzen, dass die Übertragung von Geschäftsanteilen der **Zustimmung der Gesellschaft** bedarf."
 - "Dasselbst" = im Gesellschaftsvertrag (vgl § 8 Abs 1 GmbHG) → Urkundensammlung des FB
- » § 30c Abs 1: Entsendungsrecht in AR → § 30c Abs 2: "Geschäftsanteile ... Übertragung an die Zustimmung der Gesellschaft gebunden"
- » durch Vinkulierung(spflicht) wird die GmbH personalistisch
- » sozietäre Nebenleistungspflicht/Entsendungsrecht geht auf den Anteilserwerber über (könnte vertraglich ausgeschlossen werden)
- » Dingliche Wirkung der Vinkulierungsklausel → Abtretung schwebend unwirksam bis zur (nachträglichen) Genehmigung
- » Vinkulierung hindert nicht Verschmelzung oder Spaltung (OGH 29. 11. 2007, 1 Ob 130/07k); abweichende Regelung im GesV möglich
- » ähnliche Vinkulierung von Anteilen jener Gesellschafter (10% oder TEUR 700),
 - die eine Revision beantragten auf die Dauer der Revision (§ 45 Abs 2) oder
 - die Klage eingebracht haben auf die Prozessdauer (§ 48 Abs 3)

Vinkulierung

Gesetzlich verpflichtende Vinkulierung

- » § 6 Abs 2: "Zustimmung der Gesellschaft" = des GF nach Einholung eines Gesellschafterbeschlusses (anders: § 6 Abs 3 WGG, § 6 Abs " Z 2 InvFG, § 2 Abs 4 ImmoInvFG: Zustimmung des AR)
 - fehlt der Genehmigungsbeschluss:
 - Erklärung des GF ggü Gesellschafter ist nach hA wirkungslos
 - aber ggü einem Dritten wirksam (vgl § 20 Abs 2, außer bei Kollusion)
 - im Zweifel: einfache Mehrheit
 - Beschluss und Mitteilung formfrei, auch Umlaufbeschluss zulässig
 - bei Single-Member Company: Zustimmung obsolet, weil Abtretungsvertrag als konkludente Zustimmung gilt
 - ebenso: bei Beteiligung aller Gesellschafter an der Abtretung
 - Konkludente Zustimmung wenn die Mitgesellschafter den neuen Gesellschafter widerspruchlos an der GenV teilnehmen lassen (OGH 21.2.2008, 6 Ob 7/08k)
 - empfangsbedürftige Willenserklärung (Anwesenheit des Veräußerungswilligen in der GenVers reicht)
 - veräußerungswilliger Gesellschafter stimmberechtigt (nicht: § 39 Abs 4)

Vinkulierung

Gesetzlich verpflichtende Vinkulierung

- » Abweichende ges-vertragliche Regelungen im Rahmen des § 8 mE möglich, wenn strenger, zB:
 - Stimmverbot des Abtretungswilligen
 - höheres Mehrheitserfordernis
 - "Zustimmung durch die anderen Gesellschafter" = individuelles Zustimmungsrecht aller Mitgesellschafter = strenger als § 8 Abs 2
 - "einstimmiger Gesellschafterbeschluss"

- aber fraglich:
 - Zustimmungsrecht nur eines bestimmten Gesellschafters (= weniger streng als § 8 Abs 2)

Vinkulierung

Unterscheide davon die "freiwillige" Vinkulierung, wenn keine sozietäre Nebenleistungspflicht iSv § 8 Abs 1 statuiert ist

- » **§ 76 Abs 2:** "[...] Im Gesellschaftsvertrag kann die Übertragung von weiteren Voraussetzungen, insbesondere von der Zustimmung der Gesellschaft abhängig gemacht werden.
- » Vinkulierung im Gesellschaftsvertrag
 - Dingliche Wirkung (s.o.)
- » außerhalb (zB Syndikatsvertrag)
 - Keine dingliche Wirkung; außer bei Kenntnis, Kollusion (OGH 21.5.1997, 7 Ob 2350/96f) = "quasi-dingliche Wirkung"
 - Vinkulierungsklausel ist – anders als ein Vorkaufs- oder Aufgriffsrecht – nicht auf Abtretung gerichtet, auch kein Vorvertrag auf Abtretung, keine Abtretungspflicht, daher keine Notariatsaktspflicht (OGH 20.5.1999, 6 Ob 23/99x); die Praxis geht aber auf "Nummer sicher"

Vinkulierung

freiwillige Vinkulierung

- » Abweichende GesV-Regelungen möglich, zB:
 - Stimmverbot gegen Abtretungswilligen
 - Zustimmung der Generalversammlung (ohne Funktion des GF)
 - höheres Mehrheitserfordernis bei Beschlussfassung
 - Achtung: Beschlüsse sind binnen Monatsfrist anfechtbar (§ 41)
 - "Zustimmung durch die (anderen) Gesellschafter" = individuelles Zustimmungsrecht aller Mitgesellschafter, aber formfrei
 - Oder: "[...] kann nur mit schriftlicher Zustimmung aller übrigen Gesellschafter erfolgen" (*Scheibenpflug/Schimkowsky*)
 - "einstimmiger Gesellschafterbeschluss" → Beschlussform
 - Zustimmungsrecht nur eines bestimmten Gesellschafters
 - Zustimmungsrecht des AR
 - Zustimmungsrecht des Beirates
 - Zustimmungsrecht des GF
 - Zustimmungsrecht außenstehender Dritter (strittig!)

Vinkulierung

freiwillige Vinkulierung

- » Freistellung von Vinkulierung (Aufgriffs- und Vorkaufsrecht) für Übertragung an nahe Angehörige oder an Konzerngesellschaften, aber anschließendes Ausscheiden aus Konzern der Vinkulierung (dem Aufgriffsrecht) unterwerfen!

"Jeder Gesellschafter ist aber berechtigt, seinen Geschäftsanteil an eine Konzerngesellschaft zu übertragen, wenn diese alle Pflichten aus diesem Gesellschaftsvertrag übernimmt. Als Konzerngesellschaft gilt [...]. Sobald der Übernehmer aufhört, eine Konzerngesellschaft iSd Bestimmung zu sein, sind die Vinkulierungsbestimmungen auf die dabei vorgesehene Übertragung anzuwenden.

Außerdem sind die übrigen Gesellschafter diesfalls berechtigt, den Geschäftsanteils des Gesellschafter, der aus dem Konzern ausscheidet, zu den Bestimmungen des Aufgriffsrechts laut Punkt [...] zu übernehmen.

Eine allenfalls gegen die Vinkulierung oder das Aufgriffsrecht verstoßende Übertragung verpflichtet den [...] zur Zahlung eines Pönales iHv EUR [...] an die Gesellschaft."

- » GesV sollte Relation *Vinkulierung - Vorkaufsrecht - Aufgriffsrecht* klarstellen (zB Vinkulierung nur wenn nicht Mitgesellschafter aufgreifen)
- » bei GmbH & Co KG: Vinkulierung in der GmbH nötig um Gleichklang mit KG zu erreichen

Vinkulierung

freiwillige Vinkulierung

- » Tipp: "Wird die Zustimmung verweigert, ist der abtretungswillige Gesellschafter berechtigt, die Übernahme seines Geschäftsanteils (oder abzutretenden Teils davon) von den übrigen Gesellschaftern (im Verhältnis ihrer Stammeinlagen) zu den ihm vom übernahmebereiten Dritten gebotenen Bedingungen zu verlangen."
 - Ähnlich einer Put Option
 - praktische Vermeidung von § 77-Verfahren.

- » Fristsetzung, zB: "Die Zustimmung gilt als jedenfalls erteilt, wenn sie nicht schriftlich innerhalb von 30 Tagen nach Anzeige des zustimmungspflichtigen Rechtsgeschäfts durch den abtretungswilligen Gesellschafter untersagt worden ist."

Vinkulierung

Vinkulierung – Auswirkung

- » Keine Zustimmungserklärung nötig, wenn Geschäftsanteil vom Treuhänder auf den Treugeber übertragen wird (OLG Wien 24.3.2016, 28 R/16p)

- » Abtretungsvertrag: aufschiebende Bedingung nötig, entweder
 - Signing Condition = Zustimmung vor Unterfertigung des Abtretungsvertrags
 - Condition Precedent = Zustimmung zwischen Signing und Closing
 - Nach Signing ist der Vertrag schwebend unwirksam (vgl. Zusammenschlusskontrolle)
 - Genehmigung wirkt ex tunc, wenn nicht anders vertraglich vorgesehen (und soweit nicht in Rechte Dritter eingegriffen wird, OGH 21.2.2008, 6 Ob 7/08k)

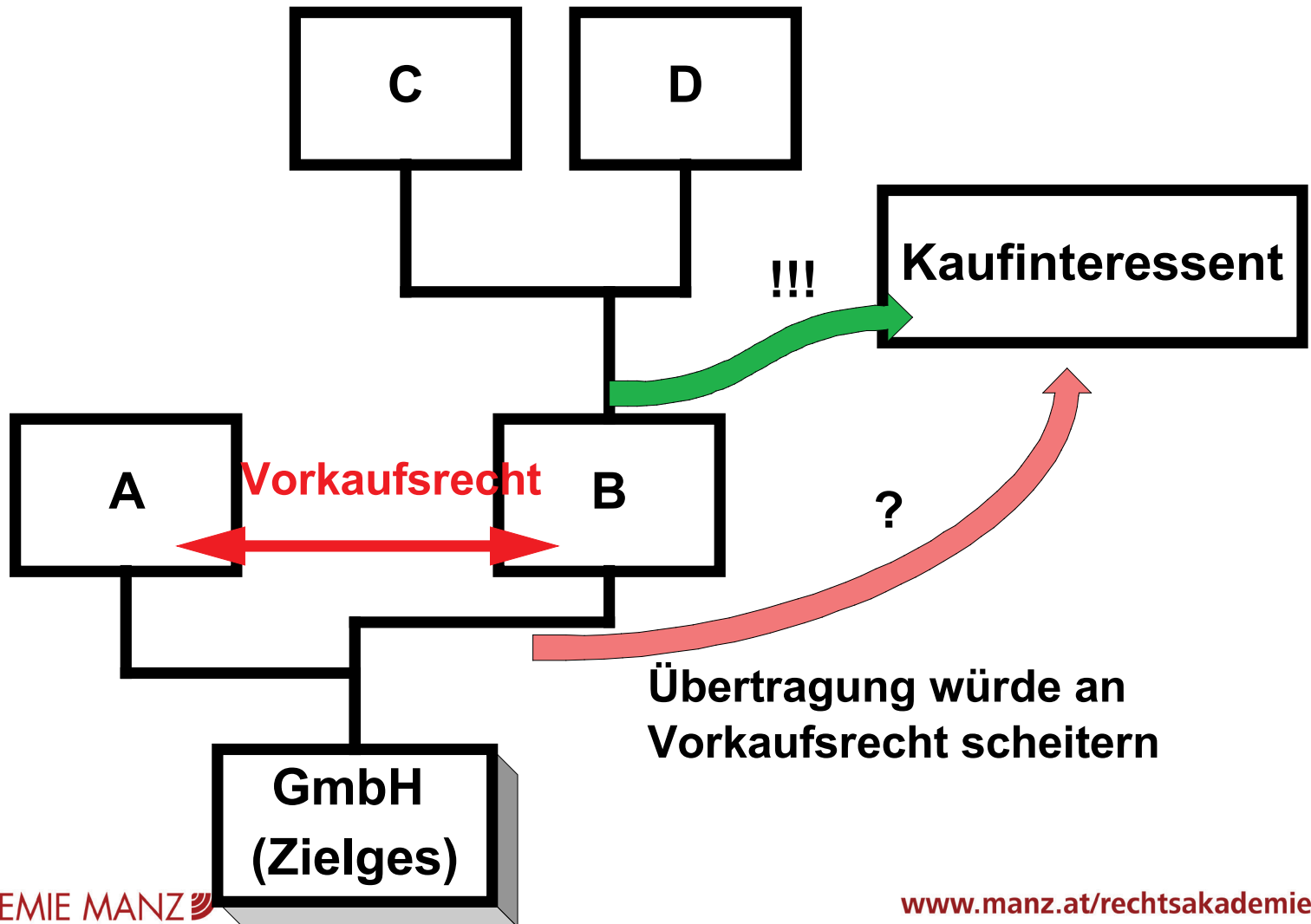
Vinkulierung

Vinkulierung – Auswirkung

- » Mangels Zustimmung → Antrag des Veräußerungswilligen (nicht fristgebunden) und **Verfahren nach § 77** (gerichtl Zustimmung als Ermessenentscheidung), wenn
 - Stammeinlage vollständig einbezahlt und
 - keine ausreichenden Gründe (vgl § 62 Abs 2 AktG: keine wichtigen Gründe) für die Verweigerung der Zustimmung und
 - keine Schädigung
 - der Gesellschaft
 - der übrigen Gesellschafter
 - der Gläubiger
- » Nach (und trotz) gerichtl Zustimmung kann die GmbH die Abtretung dadurch verhindern, dass das für die Vinkulierung zuständige Organ (aber mit Geltung von § 39/4 ?!) binnen Monatsfrist nach Rechtskraft einen anderen Erwerber ("White Knight") zu gleichen Bedingungen (!) nominiert. Der Verkauf ist aber nicht verpflichtend und kann (gänzlich) unterbleiben.
 - Der Abtretungswillige kann durch anfängliche "Mondpreis"-Vereinbarung (Scheinangebot?) diesen White Knight abschrecken. Achtung auf § 146 ff StGB.

» Kann § 77 im GesV modifiziert werden? Dazu *Walch*, GesRZ 2015, 261 (str).

Beispiel der Umgehung bei Vorkaufsrecht, Vinkulierung



Vinkulierung

Umgehungsversuche bei Vinkulierung

(wie bei Aufgriffs- oder Vorkaufsrecht)

- » Berühmte Fälle (vgl. *Brugger*, Unternehmenserwerb (2014) Rz 1641-1645)
 - *Suhrkamp*
 - *Axel Springer/Kirch* (vinkulierte Namensaktien)
- » Umgehung zB auch durch Treuhandschaft (Gesellschafter wird Treuhänder), Stimmbindungsverträge, Stimmrechtsvollmacht oder Unterbeteiligung, Fruchtgenuss.
- » Umgehungen sind nach hA nichtig. Auf das Umgehungsgeschäft ist die umgangene Norm anzuwenden; Umgehungsabsicht nachweisbar?
 - zB: Tausch als Umgehung eines Vorkaufsrechts löst Vorkaufsfall aus (OGH 28.3.2014, 2 Ob 89/13x)
- » Tipp: Erweiterung der Vinkulierungsklausel (und Vorkaufsklausel) in Richtung einer Konzernklausel: **Das in Punkt [...] geregelte Zustimmungserfordernis (Vinkulierung) gilt auch, wenn in der Sphäre eines Gesellschafters ein "Change of Control" (iSv Vertragspunkt [...]) stattfinden sollte. Diesfalls sind die Bestimmungen der Vinkulierungsklausel sinngemäß anzuwenden. Wird der "Change of Control" ohne Zustimmung durchgeführt, dann [...]. (Vorschlag: Bei Vinkulierung ähnlich regeln wie beim Vorkaufs- oder Aufgriffsrecht "... dann liegt ein Aufgriffsfall vor")**

Vinkulierung

Umgehungsversuche bei Vinkulierung

(wie bei Aufgriffs- oder Vorkaufsrecht)

» Literatur (str)

- Ergänzende Vertragsauslegung bei alten Verträgen? (*Karollus/Artmann*, GesRZ 2001, 64)
- Bei Umgehung der Vinkulierung entsteht Aufgriffsrecht eines von der GmbH Nominierten? (*Gurmann/Sakowitsch*, Ges 2008, 136)

Vinkulierung

Nachträgliche Änderungen der Vinkulierungsklausel

» Sowohl die

- nachträgliche Einführung einer Vinkulierung als auch
- die nachträgliche "Verschärfung" einer Vinkulierung

bedürfen die Zustimmung aller Gesellschafter (OGH 27.4.2015, 6 Ob 4/15d; best 21.12.2017, 6 Ob 104/17p); gemeint wohl: aller betroffenen Gesellschafter, vgl § 50 Abs 4

» Nachträgliche Beseitigung einer Vinkulierung:

- Quorum wie bei Vinkulierungszustimmung, also nicht immer die $\frac{3}{4}$ -Mehrheit des § 50 Abs 1

Vinkulierung in der Zwangsvollstreckung (Exekution)

Exekutive Versteigerung des Geschäftsanteils, Namhaftmachung durch GmbH

§ 76 Abs 4 (Anwendungsvorrang vor EO):

- » Zunächst hat das Exekutionsgericht den Schätzungswert des Geschäftsanteiles festzustellen [durch SV, nicht durch - anfechtbaren - Beschluss]
- » und von der Bewilligung des Verkaufes auch die Gesellschaft sowie alle Gläubiger, die bis dahin die gerichtliche Pfändung des Geschäftsanteiles erwirkt haben, unter Bekanntgabe des festgestellten Schätzungswertes zu benachrichtigen.
 - Die Schätzung kann unterbleiben, wenn zwischen dem betreibenden Gläubiger, dem Verpflichteten und der Gesellschaft eine Einigung über den Übernahmepreis zustande kommt.
- » Wird der Geschäftsanteil nicht innerhalb 14 Tagen nach Benachrichtigung der Gesellschaft durch einen von der Gesellschaft zugelassenen Käufer gegen Bezahlung eines den Schätzungswert (Übernahmepreis) erreichenden Kaufpreises übernommen, so geschieht der Verkauf nach den Bestimmungen der Exekutionsordnung, ohne dass zu dieser Übertragung des Geschäftsanteiles die Zustimmung der Gesellschaft erforderlich ist.

Aufgriffsrecht

Aufgriffsrecht

Anwendung

- » Vertragliches Aufgriffsrecht für insbesondere jene Fälle, in denen ein Vorkaufsrecht nicht greift, zB
 - bei Kündigung
 - von § 1072 ABGB nicht erfasste "andere Veräußerungsarten", zB unentgeltliche Abtretung
 - Tod eines Gesellschafters
 - Machtwechsel (Change of Control) zur Vermeidung einer Umgehung

- » Ähnlichkeit zum Vorkaufsrecht

Aufgriffsrecht

Unterschied zum Vorkaufsrecht

- » Nicht gesetzlich geregelt
- » Verkauf (Vorkaufsfall iSv § 1072 ABGB) kein notwendiger Auslöser
- » Keine gesetzliche Frist (§ 1075 ABGB) und kein vorgegebener Preis (§ 1077 ABGB)
 - Diese werden in der Praxis beim vertraglichen Vorkaufsrecht aber idR ohnedies modifiziert, daher fließender Übergang zum Aufgriffsrecht

Aufgriffsrecht

Unterschied zum Vorkaufsrecht

- » Daher: umfassende vertragliche Regelung nötig → Recht auf An-sich-Ziehen (Abtretung) eines GmbH-Anteils unter bestimmten Voraussetzungen (tw ähnlich wie Vorvertrag)
 - im GesV mit dinglicher Wirkung, objektive Auslegung als materieller Satzungsbestandteil (OGH 19.12.2012, 6 Ob 233/12a, ggt 2 Ob 189/01k)
 - außerhalb nicht (nur schuldrechtliche Wirkung)
- » § 76 Abs 2: Notariatsakt
 - für Aufgriffsklausel im GesV (bei nachträglicher Begründung hingegen reicht notarielle Beurkundung des satzungsändernden Generalversammlungsbeschlusses, OGH 17.12.2010, 6 Ob 63/10y; 14.9.2011, 6 Ob 81/11x) und
 - für die spätere Ausübung (OGH 25.10.2017, 6 Ob 180/17i; aA *Umfahrer*: Einschreibbrief reicht) – mE ähnlich wie die Ausübung einer Call-Option - und
 - für das anschließende Verfügungsgeschäft
 - "Die [...] hat das Recht, die Abtretung des Geschäftsanteils zu verlangen und den Geschäftsanteil aufzugreifen." → einseitige Erklärung des Aufgriffsberechtigten reicht alleine nicht, es ist vielmehr noch ein Notariatsakt zum Übergang des Geschäftsanteils erforderlich (OGH 26.11.2015, 6 Ob 215/15h)
- » Kein ipso-iure-Übergang des GmbH-Anteils (OGH 7.8.2008, 6 Ob 150/08i; anders als bei

Aufgriffsrecht

Unterschied zum Vorkaufsrecht

» vertraglich zu regeln sind:

- Wer ist verpflichtet?
- Was ist als Auslöser definiert? "Aufgriffsfälle"

- zB Kündigung

- Change of Control

- bloße Verkaufsabsicht (zur Abwehr eines "hostile takeovers")

zB "Wenn ein Gesellschafter beabsichtigt, seinen Geschäftsanteil gänzlich oder teilweise einem Dritten zu übertragen, einerlei aus welchem Rechtsgrund (auch Einbringung, Verschmelzung, Spaltung usw), sind die anderen Gesellschafter berechtigt, den Geschäftsanteil zum Preis laut Punkt [...] zu übernehmen [...]"

- Jedwede beabsichtigte Übertragung (also breitere Anwendung als Vorkaufsrecht)
 - Todesfall (OGH 25.2.1993, 6 Ob 1013/92)
 - Zwangsvollstreckung (rk Bewilligung der Befriedigungsexekution), Insolvenz des Gesellschafters
- Teilausübung zulässig? ("Poison Pill")

Aufgriffsrecht

Unterschied zum Vorkaufsrecht

» vertraglich zu regeln sind:

- Wer ist berechtigt? (kein Berechtigter ist verpflichtet)
 - einer oder mehrere Mitgesellschafter
 - Aufgriffsrecht kann auch einem Dritten eingeräumt werden (OGH 14.9.2011, 6 Ob 81/11x)
 - bei mehreren: aliquote Anwachsung des Rechts, falls einer nicht oder nicht gänzlich ausübt; Reaktionsfristen und Fristen für jeden Schritt (samt Folge der Fristversäumnis) regeln!

Aufgriffsrecht

Unterschied zum Vorkaufsrecht

» vertraglich zu regeln sind:

- Preis:
 - bestimmt (vorweg in der Aufgriffsklausel aber schwierig) oder
 - Preis laut Drittangebot (wie beim Vorkaufsrecht), falls es eines gibt, oder
 - bestimmbar (zB durch ein oder mehrere SV gem KFS/BW 1; wirtschaftlich problematische, weit verbreitete Fehlmeinung, dass eine U-Bewertung einen klaren Preis ergebe statt einer - auf vagen Zukunftseinschätzungen beruhenden - Bewertungsbandbreite)
 - zB reduziertes Entgelt?? (zB halbes Entgelt oder Nominale bei
 - Auslösung durch Selbstkündigung oder
 - Ausschluss aus wichtigem Grund
 - Entgeltbestimmung, die im Wesentlichen nur für das insolvenzbedingte Ausscheiden gelten soll, ist eine sittenwidrige Gläubigerbenachteiligung (OGH 30.3.2016, 6 Ob 35/16i, GesRZ 2016, 289 [zust *Brugger*]) – unklar blieb, ob eine vereinfachende Buchwertklausel anerkannt würde (mE problematisch)
- Pönale bei Verletzung des Aufgriffsrechts, das außerhalb des GesV vereinbart ist

Aufgriffsrecht

Varianten

- » Anbieterspflicht, Andienungsrecht
 - der andienungsberechtigte Gesellschafter hat das "right of first offer"; erst wenn er das Angebot des andienungsverpflichteten=anbietungspflichtige Gesellschafters nicht annimmt, darf letzterer (zu den selben Konditionen) an einen Dritten veräußern
 - Problem: der andienungsverpflichtete Gesellschafter muss zuerst mit dem Dritten die Konditionen (nach einer DD!) bis zum Ende ausverhandeln, um dann dem andienungsberechtigten Gesellschafter das Angebot unterbreiten zu können. Ähnlich wie beim Vorkaufsrecht!

- » Übertragungspflicht (über Aufforderung); ähnlich wie Call-Option
- » Vorkaufsrecht, bei dem aber der Kaufpreis nicht aus dem Vorkaufsfall, sondern (wie bei einem Aufgriff) anders bestimmt wird

- » *Gegenstück zum Aufgriffsrecht: Andienungsrecht (ähnlich wie Put-Option)*

Aufgriffsklausel

Nachträgliche Änderungen der Aufgriffsklausel

- » Sowohl die
 - nachträgliche Einführung als auch
 - die nachträgliche "Verschärfung"bedürfen die Zustimmung aller betroffenen Gesellschafter, vgl § 50 Abs 4

- » Nachträgliche Beseitigung = Beseitigung eines Sonderrechts, Individualrechtes:
Zustimmung aller aus einer Aufgriffsklausel Berechtigten erforderlich (§ 50 Abs 4); also nicht immer die $\frac{3}{4}$ -Mehrheit des § 50 Abs 1

Danke für Ihre Aufmerksamkeit!

Hon.-Prof. Dr. Walter Brugger

Walter.brugger@dorda.at

Universitätsring 10-12

1010 Wien