Dieses PDF ist nur für den persönlichen Gebrauch bestimmt und darf nicht weiter verbreitet werden.

Mag. Simon Drobnik/Univ.-Prof. Mag. Dr. Ulrich Torggler, LL.M. • Universität Wien

Veräußerung des GmbH-Vermögens, übertragende Auflösung und *Holzmüller/Gelatine* (Teil II)

» RdW 2020/366

Nach 6 Ob 38/18h ist § 237 AktG analog auf die GmbH anzuwenden. Dem ist trotz der gegenteiligen Auffassung des BGH zuzustimmen (Teil I, 2.2.). Offen geblieben sind aber zahlreiche Folgefragen, die der vorliegende Teil II behandelt. Neben den „ungeschriebenen HV-Kompetenzen" (Teil I, 3.1.) und der Formpflicht des Veräußerungsvertrags (Teil I, 3.2.) betrifft dies insb das Konsensquorum (unten 1.1.), allfällige Stimmverbote (unten 1.2.) sowie Formpflichten in Bezug auf den Übertragungsbeschluss (unten 1.3.). Daneben ist unklar, ob und inwieweit umgründungsrechtliche Schutzinstrumente analog auf Vermögensübertragungen nach § 237 AktG (unmittelbar oder analog) angewendet werden können (unten 1.4.). Der Fokus liegt dabei auf der sogenannten „übertragenden Auflösung" (unten 1.4.1.).

1. Weitere Fragen (Fortsetzung)

1.1. Konsensquorum (§ 50 Abs 1 GmbHG)

Die von § 237 AktG vorgesehene Dreiviertelmehrheit entspricht den im Aktienrecht für Gegenstandsänderung, Auflösung und Verschmelzung erforderlichen Mehrheiten (§ 146 Abs 1 Satz 2, § 203 Abs 1 Z 2, § 221 Abs 2 AktG). Parallele war ursprünglich der Auflösungsbeschluss;[1] seit dem dAktG 1937 steht wie erörtert (siehe Teil I, 2.2.1.) die satzungsüberlagernde Wirkung im Vordergrund (vgl auch die systematische Stellung des § 179a dAktG). Der Gleichlauf des § 146 Abs 1 Satz 2 Fall 2 AktG über Gegenstandsänderungen mit § 237 AktG legt nahe, bei der GmbH § 50 Abs 3 GmbHG anzuwenden und einen einstimmigen[2] Gesellschafterbeschluss zu fordern. In diese Richtung weist auch eine ältere Entscheidung, wonach die „Ausgliederung" des gesamten Produktionsbetriebs einer GmbH in eine Tochtergesellschaft unter § 50 Abs 3 GmbHG fällt.[3]

Jedoch klammert schon der eindeutige Wortlaut des § 50 Abs 3 GmbHG („*Abänderung des im Gesellschaftsvertrage bezeichneten Gegenstandes des Unternehmens*") bloße „faktische" Satzungsänderungen aus. Damit harmoniert § 90 Abs 4 GmbHG, der in der Liquidation „nur" eine Mehrheit entsprechend § 50 Abs 1 GmbHG fordert. Das kann zwar damit begründet werden, dass in diesem Fall (Liquidation) die Gesamtveräußerung des Gesellschaftsvermögens dem auf die Vollbeendigung gerichteten Gesellschaftszweck entspricht. Unsinnige Konsequenz dieser Argumentationslinie wäre aber, § 50 Abs 3 GmbHG nur im werbenden Stadium anzuwenden, sodass das Einstimmigkeitserfordernis wegen der Möglichkeit eines vorhergehenden Auflösungsbeschlusses (§ 84 Abs 1 Z 2 GmbHG) praktisch bedeutungslos wäre. Hinzu kommt, dass seit dem EU-GesRÄG auch der Verschmelzungsbeschluss bei der GmbH mit Dreiviertelmehrheit möglich ist[4] und sogar ein *Squeeze-out* keine Einstimmigkeit voraussetzt (§ 4 Abs 1 GesAusG). Insgesamt sprechen uE daher die besseren Gründe dafür, zumindest bei der Übertragung auf Dritte eine qualifizierte Mehrheit gem § 50 Abs 1 GmbHG ausreichen zu lassen.[5] Auf die verbleibenden Sonderfälle der „übertragenden Auflösung" durch Veräußerung auf einen Gesellschafter und insb der *Squeeze-out*-Übertragung ist noch zurückzukommen (1.4.2.).

1.2. Stimmrechtsausschluss gem § 39 Abs 4 GmbHG?

Anders als § 125 AktG[6] schließt § 39 Abs 4 Satz 2 Fall 1 GmbHG den Betroffenen vom Stimmrecht aus, wenn über „*die Vornahme eines Rechtsgeschäfts mit einem Gesellschafter*" abgestimmt wird. Diese Vorschrift befindet sich im allgemeinen Abschnitt über die Willensbildung; auf „verbandsrechtliche"[7] Beschlüsse,

1 Zum Verständnis von § 303 HGB 1897 als „vorweggenommene Liquidation" siehe Teil I dieses Beitrages, RdW 6/2020, 418 f, 2.2.1. Vgl auch § 83 Abs 5 der RV zum öGmbHG 1906, 236 BlgHH 17. Session 33 f (entspricht § 90 Abs 4 GmbHG), der auf die für den Auflösungsbeschluss erforderliche Mehrheit verwies; siehe dazu bereits Teil I dieses Beitra, RdW 6/2020, 420, FN 19.

2 Genauer: Einstimmigkeit aller Abstimmenden, vgl *Diregger* in *U. Torggler*, GmbHG § 50 Rz 11; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 50 Rz 7.

3 OGH 8 Ob 574/83, GesRZ 1984, 217 (218).

4 *Rüffler*, Lücken 226; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 50 Rz 9; *Bachner*, Bewertungskontrolle 37. § 96 Satz 2 GmbHG in der Stammfassung forderte Einstimmigkeit.

5 Ebenfalls gegen die Anwendung von § 50 Abs 3 GmbHG *Rüffler*, Lücken 226 f; *Koppensteiner* in FS Zöllner I 295 (298); tendenziell auch *Diregger* in *U. Torggler*, GmbHG § 50 Rz 12. § 50 Abs 3 GmbHG gilt uE aber sehr wohl für die satzungsmäßig nicht gedeckte Ausgliederung: *U. Torggler* in WK GmbHG § 115 Rz 36; *U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 115 Rz 17.

6 Eine entsprechende Bestimmung enthielten noch Art 190 Abs 3 AHGB (idF Novelle 1884) und § 252 Abs 3 HGB 1897.

7 *Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 39 Rz 33; OGH 6 Ob 23/13w, GES 2013, 246 (*Fantur*); vgl bereits RGZ 60/39, 172 (173). Häufig wird auch darauf abgestellt, ob der Abstimmungsgegenstand ein „Individualakt" (dann ggf Stimmverbot) oder ein „Sozialakt" (dann jedenfalls kein Stimmverbot) sei (OGH 6 Ob 169/09k, GesRZ 2010, 273 [274] [*Thöni*]; BGH II ZR 109/10, GmbHR 2011, 922 [923]); dies ist aber zu pauschal (*Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 39 Rz 33) und „*im Hinblick auf die Unschärfe des Begriffes ‚Sozialakt' und den Normzweck* […] *keine zureichende Begründung*" (*Rüffler*, Lücken 229).

Erstellt von LexisNexis am 25.06.2025 um 07:20 (2537QWMS)

Dieses PDF ist nur für den persönlichen Gebrauch bestimmt und darf nicht weiter verbreitet werden.

insb Satzungsänderungen[8] oder Umgründungen,[9] ist sie nach hM nicht anzuwenden. Grund und Reichweite dieser teleologischen Reduktion sind umstritten[10] und können auch hier nicht geklärt werden. Jedenfalls spricht die gesetzliche Einordnung von Beschlüssen iSd § 237 AktG in den Bereich der Strukturänderungen für ihren verbandsrechtlichen Charakter im Sinne der Rechtsprechung und auf dieser Grundlage für die Unanwendbarkeit des Stimmrechtsausschlusses.[11]

1.3. Notarielle Beurkundung des Beschlusses (§ 49 Abs 1 Satz 2 GmbHG)

Bei der AG bedarf der Beschluss iSd § 237 Abs 1 AktG (wie jeder HV-Beschluss) einer notariellen Beurkundung (§ 120 Abs 1 AktG). Bei der GmbH gilt uE wegen der satzungsüberlagernden Wirkung des Beschlusses (siehe Teil I, 2.2.1.) analog § 49 Abs 1 Satz 2 GmbHG dasselbe. Dass auch bei satzungsüberlagernden Beschlüssen (und auch bei nur deklarativer FB-Eintragung) ein Bedürfnis nach Rechtssicherheit durch förmliche Beweissicherung[12] besteht, belegt § 84 Abs 1 Z 2 GmbHG.[13] Wie bei Satzungsänderungen[14] heilt der Formmangel uE durch (wenn auch unzulässige) FB-Eintragung (siehe dazu Teil I, 3.2.2.).

1.4. Äquivalenzkontrolle und Begleitmaßnahmen analog Umgründungsrecht, insb bei der „Squeeze-out-Übertragung"

1.4.1. Weitere Regelungen in Bezug auf die Beschlussvoraussetzungen und -wirkungen enthält § 237 AktG nicht und verweist damit implizit auf die (durch das ARÄG 2009[15] erweiterten)[16] Regeln über HV-Beschlüsse im Allgemeinen und Satzungsänderungen im Speziellen.[17] Ebenso wenig enthält er eine Ausnahme von dem Grundsatz, dass die Aktionäre an die vom Vorstand (erforderlichenfalls mit AR- oder HV-Zustimmung) getroffenen Entscheidungen und ihre wirtschaftlichen Folgen gebunden sind, und daher umgekehrt die Vertragspartner der Gesellschaft die Früchte ihres Verhandlungsgeschicks innerhalb der allgemeinen Grenzen (insb §§ 871 ff, § 879 Abs 1 Z 4, § 934 ABGB) behalten dürfen.

Im Vergleich dazu[18] bestehen bei den Umgründungsvorgängen des Gesellschaftsrechts, die zu einer (zumindest „partiellen") Gesamtrechtsnachfolge führen, weit umfassendere Regelungen (paradigmatisch §§ 220 ff AktG). Das Herzstück bilden eine Äquivalenzkontrolle *ex ante* durch Prüfung der Umgründung (§ 220a, § 220b AktG; § 4 Abs 1, § 5 SpaltG; § 2 Abs 3 Z 3 und 4 UmwG; § 7 Abs 3 EU-VerschG; vgl auch § 3 Abs 1 und 2 GesAusG)[19] und *ex post* („Nachbesserungsanspruch": §§ 225c ff AktG; § 9 Abs 2 Satz 2 SpaltG; § 2 Abs 3 UmwG; § 11 Abs 2 EU-VerschG; vgl auch § 6 Abs 2 GesAusG); hinzu kommt eine erweiterte Transparenz vor Beschlussfassung in Form zusätzlicher Informations- und Berichtspflichten (§ 221a AktG; § 7 SpaltG; § 2 Abs 3 UmwG; § 3 Abs 2 EU-VerschG; vgl auch § 3 Abs 4–9 GesAusG). Dasselbe gilt kraft Verweises für die Vermögensübertragungen per Gesamtrechtsnachfolge nach den §§ 235 f AktG.

Vor dem Hintergrund dieses Regelungsgefälles wurde in der Lehre (mit Unterschieden im Detail) für eine analoge Anwendbarkeit der umgründungsrechtlichen Schutzinstrumente bei Vermögensübertragungen gem § 237 AktG plädiert.[20] Spätestens seit dem Ausbau des umgründungsrechtlichen Minderheitenschutzes durch das EU-GesRÄG 1996 liege eine planwidrige Lücke vor.[21] Der OGH hat die Frage offengelassen, aber zumindest klargestellt, dass auf Basis der nicht zwischen Konzern- und Konzentrationsverschmelzungen differenzierenden §§ 219 ff AktG und §§ 96 ff GmbHG nicht zwischen der Vermögensübertragung an

8 *Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 39 Rz 33; *Gordon*, Stimmverbote im GmbH-Konzern (2015) 119 mwN.

9 *Kalss*, V-S-U[2] Art 221 AktG Rz 22; *Rüffler*, Lücken 407; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 98 Rz 3; *Gordon*, Stimmverbote 128 f; vgl auch bereits Beratungsprotokoll vom 14. 4. 1927, abgedruckt bei *Schubert*, Quellen zur Aktienrechtsreform der Weimarer Republik (1926–1931) I (1999) 101 (105): „[Der Ausschuss] *war zunächst übereinstimmend der Ansicht, daß die Stimmrechtsenthaltungsvorschrift des § 252 Abs. 3 HGB sich jedenfalls für Fusionen nicht aufrecht erhalten läßt.*"

10 Zum Diskussionsstand *Gordon*, Stimmverbote 100 ff.

11 Ebenfalls gegen Anwendung des Stimmverbots *Rüffler*, Lücken 146 ff, 229 f (unter der Prämisse weitgehender Anwendung umgründungsrechtlicher Schutzinstrumente); *Winner* in MüKo AktG IV[4] § 179a Rz 103; *Gall* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG[2] § 237 Rz 36.

12 Zu § 49 Abs 1 *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 49 Rz 13; *Diregger in U. Torggler*, GmbHG § 49 Rz 8.

13 Vgl *Zehetner* in *Straube/Ratka/Rauter*, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz § 84 Rz 29, 34; *Leupold* in *U. Torggler*, GmbHG § 84 Rz 3, 5.

14 OGH 1 Ob 676, 677/84, SZ 57/174 (Heilung eines nicht wirksam notariell beglaubigten Kapitalerhöhungsbeschlusses); *Rauter/Milchrahm* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 49 Rz 101; *Harrer* in *Gruber/Harrer*, GmbHG Kommentar[2] (2018) § 51 Rz 44 ff; für Deutschland BGH II ZR 181/94, DB 1996, 31.

15 BGBl I 2009/71.

16 Siehe insb § 108 Abs 3 Z 3 und 4 AktG idF ARÄG 2009.

17 Vgl *Winner* in MüKo AktG IV[4] § 179a Rz 102.

18 Vgl demgegenüber die Informationspflichten nach § 179a Abs 2 dAktG.

19 Obwohl es beim Gesellschafterausschluss nur zu einem schlichten Anteilstransfer kommt, ist das GesAusG wegen seiner an Verschmelzung, Spaltung und Umwandlung anknüpfenden Regelungen Teil des Umgründungsrechts; vgl *Kalss*, V-S-U[2] Vor § 1 GesAusG Rz 10.

20 *Koppensteiner* (in FS Zöllner I 295) vertritt für die Ausgliederung eine Analogie zum SpaltG; analog anzuwenden seien insb Teile der Berichts- und Informationspflichten (S 311–313). Eine *Ex-ante*-Äquivalenzprüfung sei aber nur bei der übernehmenden Gesellschaft erforderlich (S 311 f für die Ausgliederung zur Neugründung, S 316 für die Ausgliederung zur Aufnahme). *Bachner*, Bewertungskontrolle, plädiert in Bezug auf die Ausgliederung ebenfalls für analoge Anwendung der spaltungsrechtlichen Vorschriften über Berichts- und Informationspflichten (S 57 f, 60 f) und befürwortet im Gegensatz zu *Koppensteiner* auch eine *Ex-ante*-Äquivalenzkontrolle (S 88) sowie eine modifizierte *Ex-post*-Äquivalenzkontrolle (S 159 ff). *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung 175 ff, bejaht in Bezug auf die deutsche Parallelbestimmung (heute § 179a dAktG) in Fällen der „fusionsähnlichen Einbringung" von Unternehmen eine analoge Anwendung der gerichtlichen Überprüfung des Umtauschverhältnisses (Spruchstellenverfahren). *Rüffler*, Lücken, vertritt für die Vermögensübertragung nach § 237 AktG eine umfassende Analogie zum Verschmelzungsrecht (S 249 ff: Berichts- und Informationspflichten; S 261 f: *Ex-ante*-Äquivalenzkontrolle; S 290 ff: modifizierte *Ex-post*-Äquivalenzkontrolle), wobei bei Übertragung an einen kontrollierenden Gesellschafter analog § 2 Abs 1 UmwG eine Mehrheit von 90 % des Nennkapitals erforderlich sei (S 265 ff, 322). Hauptargument für die Analogie ist jeweils, dass die Übertragungstechnik für den Minderheitenschutz irrelevant sei (*Koppensteiner*, FS Zöllner I 308; *Bachner*, Bewertungskontrolle 6; *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung 175; *Rüffler*, Lücken 221 ff).

21 *Rüffler*, Lücken 224.

Erstellt von LexisNexis am 25.06.2025 um 07:20 (2537QWMS)

Dieses PDF ist nur für den persönlichen Gebrauch bestimmt und darf nicht weiter verbreitet werden.

Gesellschafter einerseits und an Dritte andererseits unterschieden werden könne.[22]

Letzterem ist (vorbehaltlich des Sonderfalls der *Squeeze-out*-Übertragung; dazu sogleich unter 1.4.2.) jedenfalls zuzustimmen. Aus den Materialien geht hervor, dass § 237 AktG nicht nur auf die Vermögensübertragung auf Dritte zugeschnitten ist.[23] Die §§ 235 f AktG zeigen zudem, dass sich die umgründungsrechtliche Äquivalenzkontrolle nicht mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz erklären lässt,[24] dessen Verletzung nur bei Übertragung an einen Gesellschafter denkbar wäre.

Für die hier interessierende Frage einer planwidrigen Unvollständigkeit des § 237 AktG folgt daraus freilich nicht viel. Immerhin ist erkennbar, dass sich der Gesetzgeber im Rahmen des EU-GesRÄG auf Vorgänge mit Gesamtrechtsnachfolge und den Formwechsel konzentriert hat. Offen bleibt damit aber die entscheidende Frage, ob es sich um ein „planwidriges" Übersehen oder um eine planmäßige Beschränkung handelt. Für die zweite Alternative spricht die Änderung des § 236 AktG im Zuge des EU-GesRÄG. Denn die Annahme liegt fern, dass der Gesetzgeber den unmittelbar nachfolgenden § 237 AktG schlicht übersehen hat.[25] Gar nichts folgt für die Frage der Planwidrigkeit einer Unvollständigkeit des § 237 AktG schließlich aus der Beobachtung, dass sich der Vorgang des § 236 AktG von einer Vermögensübertragung nach § 237 AktG nur hinsichtlich der Übertragungstechnik unterscheidet.[26] Denn das mag zwar einen Wertungswiderspruch aufzeigen,[27] belegt aber nicht dessen Planwidrigkeit.

Aufschlussreich in Bezug auf diese zweite (kumulative) Analogievoraussetzung ist hingegen der Blick auf andere strukturrelevante Vorgänge mit Einzelrechtsnachfolge. Namentlich kommt die (freilich typischerweise weniger „eingriffsintensive")[28] Nachgründung mit einer Vorwegprüfung durch einen unabhängigen Nachgründungsprüfer (§ 45 Abs 3 iVm § 26 Abs 1 Z 2 AktG) im Gläubigerinteresse[29] sowie einem den Aktionären vorzulegenden (§ 108 Abs 3 Z 4 AktG)[30] AR-Bericht (§ 45 Abs 2 AktG) aus. Abgesehen davon beschränkt sich der Aktionärsschutz auf das (einseitig zwingende) qualifizierte Mehrheitserfordernis samt Präsenzquorum im ersten Jahr nach Gründung (§ 45 Abs 4 AktG). Ähnlich steht es in einem weiteren gesetzlich geregelten Fall, in dem die Gefahr einer Äquivalenzstörung durch eine Strukturmaßnahme mit Einzelrechtsnachfolge auf der Hand liegt, nämlich bei der Kapitalerhöhung mit Sacheinlagen. Seit dem EU-GesRÄG[31] hat hier ebenso wie bei Sach- und Nachgründungen eine Prüfung durch einen unabhängigen Prüfer stattzufinden (§ 150 Abs 3 AktG; ebenso bei bedingter und genehmigter Sachkapitalerhöhung, § 161 Abs 3, § 172 Abs 3 AktG), die dem Gläubigerschutz dient.[32] Der Aktionärsschutz beschränkt sich auch hier auf das erhöhte Quorum sowie auf das Erfordernis, die Sachkapitalerhöhung samt einem allfälligen Bezugsrechtsausschluss ausdrücklich anzukündigen (§ 150 Abs 1 Satz 2, § 153 Abs 4 Satz 1 AktG). Im Fall eines Bezugsrechtsausschlusses hat der Vorstand – ebenfalls seit dem EU-GesRÄG[33] – der HV einen Bericht zu erstatten (§ 153 Abs 4 Satz 2 AktG), in dem der Ausgabebetrag zu begründen ist. Abgesehen davon gelten die allgemeinen Informationserfordernisse des § 108 AktG, wobei der Bericht des unabhängigen Prüfers den Aktionären nach der Literatur nicht vorgelegt werden muss.[34] Insb ist keine Äquivalenzkontrolle *ex post* vorgesehen. Diese Regelung eines Vorgangs, der abgesehen vom Modus (Einzel- statt Gesamtrechtsnachfolge) einer Verschmelzung zur Aufnahme entspricht,[35] wurde durch das EU-GesRÄG eingeführt. Es ist höchst unwahrscheinlich, dass der Gesetzgeber dabei den wesentlichsten Anwendungsfall der Einbringung von (Teil-)Betrieben durch Dritte oder Gesellschafter übersehen hat.

22 Dies ergibt sich uE implizit aus der unter Berufung auf *Rüffler* (Lücken 313 ff) erfolgten Ablehnung der von *Gall* (in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG[2] § 237 Rz 20) vertretenen Ansicht, wonach eine Analogie zu § 237 AktG in Bezug auf die GmbH bei Vermögensübertragungen an „echte" Dritte ausscheide.

23 Vgl *Rüffler*, Lücken 233, mit Verweis auf die Amtliche Begründung zum dAktG 1937, abgedruckt bei *Klausing*, Aktien-Gesetz 219, wo vom Schutz der „*freien Aktionäre*" die Rede ist.

24 In diese Richtung *Winner*, Wert und Preis im Zivilrecht (2008) 412 f, wonach die Äquivalenzkontrolle (nur) bei der Verschmelzung und nicht auch bei der Vermögensübertragung per Einzelrechtsnachfolge durch den Umstand gerechtfertigt sei, dass die Altgesellschafter der übertragenden Gesellschaft Anteile an der übernehmenden Gesellschaft erhalten; das Gleichbehandlungsgebot schreibe vor, dass den Altgesellschaftern weder zu wenige, noch zu viele Anteile zugewiesen werden. Die Erstreckung der umgründungsrechtlichen Äquivalenzkontrolle auf die Vorgänge nach §§ 235 f AktG, bei denen die Gesellschafter am Nachfolgerechtsträger nicht beteiligt werden, zeigt aber, dass es auf diesen Aspekt nicht ankommt.

25 So aber *Rüffler*, Lücken 220.

26 Vgl *Rüffler*, Lücken 318.

27 Immerhin wird der übernehmende VVaG bei Vorgängen nach § 236 AktG durch die §§ 220a ff AktG davor gewarnt, dass der Kaufpreis uU „nachgebessert" werden muss, was gewissermaßen der Preis für die Annehmlichkeiten der Gesamtrechtsnachfolge sein könnte.

28 Der quantitative Schwellenwert beträgt (nur) 10 % des Grundkapitals, § 45 Abs 1 AktG.

29 In Bezug auf den Bericht gelten nach § 45 Abs 3 Satz 2 AktG die Vorschriften über die Gründungsprüfung sinngemäß. Die ErläutRV zum EU-GesRÄG stellen klar, dass „*die Prüfer* […] *nicht den wahren Wert der Sacheinlagen anzugeben, sondern nur festzustellen* [haben]*, ob die Gegenleistung nicht über diesem Wert liegt* (ErläutRV 32 BlgNR 20. GP 79). Erforderlich ist also nicht eine „*umfassende Kontrolle des Äquivalenzverhältnisses zwischen Sacheinlage und Aktien* […], *sondern es sollte lediglich im Interesse der Gläubiger der Gesellschaft eine Verringerung des Haftungsfonds verhindert werden*" (*Heidinger/Schneider* in *Artmann/Karollus*, AktG I[6] § 26 Rz 5). Vgl auch *Westerburg* in *Schmitt/Hörtnagl/Stratz*, Umwandlungsgesetz – Umwandlungssteuergesetz[8] (2018) § 67 UmwG Rz 12 (Prüfung, ob Verbot der Unterpari-Emission beachtet wird).

30 *Zehetner* in *Artmann/Karollus*, AktG I[6] § 45 Rz 32.

31 *Bachner*, Bewertungskontrolle 83.

32 Für den Bericht nach § 150 Abs 3 AktG gilt das für den Gründungs- und Nachgründungsbericht Gesagte (oben FN 30). Gegenstand der Prüfung ist somit nur, ob der Wert der Sacheinlage den Nominalwert (samt allfälligem Agio, *Winner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG[2] § 150 Rz 104) der neu geschaffenen Aktien erreicht. Die aus Sicht der Aktionäre relevante Frage, ob der Wert der Sacheinlage auch dem durch die jungen Aktien verkörperten Anteil am (Ertrags-)Wert des Gesellschaftsvermögens entspricht, bleibt unbehandelt.

33 *Winner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG[2] § 153 Rz 99.

34 So (freilich noch vor der Modifizierung des § 108 AktG durch das ARÄG 2009) *Bachner*, Bewertungskontrolle 85; ebenso *Winner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG[2] § 150 Rz 98. Dafür spricht auch, dass § 150 Abs 3 AktG im Gegensatz zu § 45 Abs 3 AktG nicht davon spricht, dass die Prüfung „*vor der Beschlussfassung*" zu erfolgen hat.

35 Vgl *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG[2] § 223 Rz 1; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 52 Rz 19; *Bachner*, Bewertungskontrolle 4 f.

Erstellt von LexisNexis am 25.06.2025 um 07:20 (2537QWMS)

Dieses PDF ist nur für den persönlichen Gebrauch bestimmt und darf nicht weiter verbreitet werden.

Insgesamt macht eine Zusammenschau der gesetzlich geregelten Vorgänge deutlich, dass das AktG auch nach dem EU-GesRÄG systematisch zwischen Gesamt- und Einzelrechtsnachfolge unterscheidet und nur im ersten Fall eine umfassende Äquivalenzkontrolle im Aktionärsinteresse vorsieht. Eine Analogie zu § 236 AktG und/oder dem Verschmelzungs- oder sonstigen Umgründungsrecht scheidet daher (vorbehaltlich der *Squeeze-out*-Übertragung, dazu sogleich unter 1.4.2.) aus.[36] Planwidrig unvollständig ist § 237 AktG somit nur (aber immerhin) insofern, als er hinter dem Standard zurückbleibt, den das Gesetz für strukturändernde Maßnahmen mit Einzelrechtsnachfolge vorsieht.

Der Vorstand hat daher analog § 153 Abs 4 Satz 2 AktG einen Bericht vorzulegen, in dem er die Angemessenheit des vom Erwerber zu zahlenden Kaufpreises begründet. Mit Ausnahme wiederum der *Squeeze-out*-Übertragung (dazu sogleich unter 1.4.2.) erfolgt aber keine gerichtliche Überprüfung der Angemessenheit der Gegenleistung.[37] Entgegen der wohl hA in Österreich[38] kann der Genehmigungsbeschluss uE auch nicht ohne Weiteres wegen bloßer Unangemessenheit des Kaufpreises angefochten werden. Denn ungünstige Konditionen eines durch den Vorstand mit Dritten abgeschlossenen Geschäfts, dem die HV noch dazu mit der erforderlichen Mehrheit zugestimmt hat, sind nur unter den Voraussetzungen des § 195 Abs 2 AktG ein Anfechtungsgrund. Ist allerdings der Bericht des Vorstands (§ 153 Abs 4 Satz 2 AktG *per analogiam*) unrichtig oder gar irreführend, kommt eine Anfechtung nach § 195 Abs 4 AktG in Betracht.[39] Überdies kann mangelnde Fremdüblichkeit bei Übertragung an einen (Minderheits-)Gesellschafter[40] nach den allgemeinen Regeln zur Nichtigkeit von Vertrag und Beschluss (§ 52, § 199 Abs 1 Z 3 AktG) führen.[41]

Die Situation bei der GmbH unterscheidet sich insofern von jener bei der AG, als das GmbHG keine Berichtspflicht bei Sachkapitalerhöhungen mit Bezugsrechtsausschluss vorsieht. Die analoge Anwendbarkeit des § 153 Abs 4 Satz 2 AktG ist umstritten.[42] Der gegen die Analogie vorgebrachte Einwand, die personalistischere Gesellschafterstruktur der GmbH mache formelle Berichterstattung entbehrlich,[43] verfängt uE nicht. Selbst das von der Rechtsprechung vertretene umfassende Informationsrecht des GmbH-Gesellschafters[44] ist kein Äquivalent für den schriftlichen Bericht nach § 153 Abs 4 Satz 2 AktG.[45] Das Einsichtsrecht des § 22 Abs 2 GmbHG besteht nur iZm der ordentlichen Generalversammlung. Eine bewusste Differenzierung des Gesetzgebers (plan*mäßige* Ungleichbehandlung) zwischen GmbH und AG ist aus dem EU-GesRÄG nicht ersichtlich, zumal dessen Regelungsanliegen va die Umsetzung der gesellschaftsrechtlichen Richtlinien war[46] und § 153 Abs 4 Satz 2 AktG auf der nur für AG geltenden Kapital-RL beruht.[47] Damit spricht alles für die analoge Anwendung von § 153 Abs 4 Satz 2 AktG sowohl bei der Sachkapitalerhöhung mit Bezugsrechtsausschluss als auch bei Vorgängen nach § 237 AktG analog bei der GmbH.

1.4.2. Eine Ausnahme macht allerdings das GesAusG erforderlich. Nach den Materialien kann ein Ausschluss „*auch unter Verzicht auf die Gesamtrechtsnachfolge durch die übertragende Auflösung erreicht werden, bei der die Auflösung unter gleichzeitiger Übertragung des Gesellschaftsvermögens auf den Hauptgesellschafter beschlossen wird. Eine gesetzliche Regelung aller Maßnahmen, die dem Ausschluss dienen können, ist angesichts der Gestaltungskraft der Praxis unmöglich; allerdings enthält das vorliegende Gesetz grundlegende Wertungen, die auf solche vergleichbaren Sachverhalte durch die Rechtsprechung übertragen werden können*."[48]

Die zitierte Passage zeigt, dass die „übertragende Auflösung" einem Sonderregime auf dem Schutzniveau des GesAusG unterworfen sein soll.[49] Davon ausgehend steht die hM auf dem Standpunkt, dass eine Vermögensübertragung auf den Mehrheitsgesellschafter nur unter Einhaltung der Voraussetzungen des GesAusG zulässig ist.[50] Erforderlich sei die Zustimmung von 90 %

36 Ebenso *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht[2] Rz 3/1139 (Stand 1. 6. 2017, rdb.at). Dasselbe gilt für die analoge Anwendung von § 8 SpaltG (nicht verhältniswahrende Spaltung), zumal die Bestimmung überschießend in allen Fällen eingreifen müsste, in denen ein oder mehrere Gesellschafter der Verkäufergesellschaft auch an der Käuferin beteiligt sind, die Beteiligungsstruktur an der Käuferin aber nicht identisch mit jener in der Verkäufergesellschaft ist. § 8 SpaltG zielt auf entflechtende Spaltungen, bei denen die Minderheit mit Teilbetrieben oder Beteiligungen zurückbleibt (ErläutRV 32 BlgNR 20. GP 122). Dagegen stellt sich die „Beteiligung am Kaufpreis" iZm § 237 AktG wegen der Möglichkeit einer Auflösung und Liquidation als weniger einschneidend dar. Zu § 8 Abs 3 Z 1 und 2 SpaltG (*Squeeze-out*-Abspaltung in eine *cash-box*) siehe noch unten 1.4.2. mit FN 58.

37 Insofern übereinstimmend *Gall* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG[2] § 237 Rz 46; *Winner* in MüKo AktG IV[4] § 179a Rz 105; *Szep* in *Artmann/Karollus*, AktG III[6] § 237 Rz 19.

38 *Szep* in *Artmann/Karollus*, AktG III[6] § 237 Rz 19; *Winner* in MüKo AktG IV[4] § 179a Rz 105; *Gall* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG[2] § 237 Rz 46.

39 Ebenso in Bezug auf Sachkapitalerhöhungen mit Bezugsrechtsausschluss *Winner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG[2] § 153 Rz 112. Nach hM lässt die erfolgreiche Beschlussanfechtung die Vertretungsmacht des Vorstands *ex tunc* entfallen, weshalb der Veräußerungsvertrag als nicht zustande gekommen anzusehen sei (vgl nur *Diregger* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG[2] § 199 Rz 43; *Gall* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG[2] § 237 Rz 33; *Szep* in *Artmann/Karollus*, AktG III[6] § 237 Rz 18; für Deutschland *Koch* in *Hüffer/Koch*, AktG[14] § 248 Rz 7a; *Hüffer/Schäfer* in MüKo AktG IV[4] § 248 Rz 22). UE sprechen freilich gute Gründe dafür, die Rückabwicklung nur *ex nunc* zuzulassen (vgl OGH 7 Ob 580/91, RdW 1992, 110; offenlassend *Rüffler*, Lücken 289).

40 Zur Übertragung an den Mehrheitsgesellschafter („übertragende Auflösung") sogleich unter 1.4.2.

41 *Eckert/Schopper* in *Artmann/Karollus*, AktG III[6] § 199 Rz 52.

42 Für Analogie *Prinz* in *Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG (2017) § 52 Rz 5, sowie wohl auch *Billek/Ettmayer/Ratka/Jost* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 52 Rz 62; vgl für Deutschland ferner *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbH-Gesetz[19] (2016) § 55 Rz 23; *Lieder* in MünchKomm zum GmbHG III[3] (2018) § 55 Rz 84; *Servatius* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG[22] (2019) § 52 Rz 25b; *Ziemons* in BeckOK GmbHG (41. Edition) § 52 Rz 81. Dagegen *Diregger* in *U. Torggler*, GmbHG § 52 Rz 10; *Heidinger/Prechtl* in *Gruber/Harrer*, GmbHG[2] § 52 Rz 31; für Deutschland *Hermanns* in *Michalski*, GmbH-Gesetz[3] (2017) § 52 Rz 46; *Priester* in *Scholz*, GmbHG III[11] (2012) § 55 Rz 61a.

43 *Priester* in *Scholz*, GmbHG III[11] § 55 Rz 61a; *Hermanns* in *Michalski*, GmbHG[3] § 52 Rz 46.

44 RIS-Justiz RS0060098; krit *Mollnhuber/Suesserot* in *U. Torggler*, GmbHG § 22 Rz 26 mwN.

45 So auch *Priester* in *Scholz*, GmbHG III[11] § 55 Rz 61a.

46 ErläutRV 32 BlgNR 20. GP 51.

47 ErläutRV 32 BlgNR 20. GP 92.

48 ErläutRV 1334 BlgNR 22. GP 26.

49 *Kalss*, V-S-U[2] Vor § 1 GesAusG Rz 11; *Winner* in MüKo AktG IV[4] § 179a Rz 109.

50 *Gall* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG[2] § 237 Rz 37; *Szep* in *Artmann/Karollus*, AktG III[6] § 237 Rz 2/1 (allerdings Berücksichtigung auch des UmwG); *Winner* in MüKo AktG IV[4] § 179a Rz 109 f; *Gall/Potyka/Winner*, Squeeze-

Erstellt von LexisNexis am 25.06.2025 um 07:20 (2537QWMS)

Dieses PDF ist nur für den persönlichen Gebrauch bestimmt und darf nicht weiter verbreitet werden.

des gesamten Kapitals;[51] überdies bestehe die Möglichkeit einer gerichtlichen Überprüfung der Abfindung.[52]

Tatsächlich ist aufgrund der zitierten Materialienstelle davon auszugehen, dass § 237 AktG zumindest seit der Einführung des GesAusG durch das ÜbRÄG 2006 insofern planwidrig unvollständig ist, als er eine übertragende Auflösung, die einem Gesellschafterausschluss iSd GesAusG gleichkommt, nicht dem Mehrheitserfordernis, den Informationspflichten und dem Äquivalenzschutz des GesAusG unterwirft.[53] Mit anderen Worten: Der Gesetzgeber bekennt sich in diesem Fall selbst zur Planwidrigkeit. In nicht unbedenklicher Weise[54] der Rechtsanwendung überlassen bleibt aber die Konkretisierung der für die Analogie zusätzlich erforderlichen teleologischen Vergleichbarkeit, also Rechtsähnlichkeit iSd § 7 ABGB. Die „Krux" liegt dabei in der rechtssicheren Abgrenzung der Fälle, die die Analogie rechtfertigen. Insofern lassen sich aus dem GesAusG und seinen Erläuterungen immerhin einige Eckpfeiler gewinnen:

Erstens ist die übertragende Auflösung nicht *per se* unzulässig,[55] sondern zumindest dann zulässig, wenn der übernehmende 90%-Hauptgesellschafter für die Transaktion stimmt.[56] Zwar wollte der Gesetzgeber des ÜbRÄG 2006 den Ausschluss von Gesellschaftern in die geordneten Bahnen des GesAusG lenken.[57] Die Frage der übertragenden Auflösung hat er aber gesehen, ohne sich zu einem Verbot oder einem Einstimmigkeitserfordernis entsprechend § 8 Abs 3 Z 1 und 2 SpaltG („*Squeeze-out*-Spaltung") durchzuringen. Die genannten Regelungen sind daher nicht analog anzuwenden.[58]

Zweitens ist die Analogie nicht bei jeder Übertragung an einen (auch Klein-)Gesellschafter gerechtfertigt. Die erforderliche Rechtsähnlichkeit (§ 7 ABGB) mit der einseitigen „Aneignung" nach dem GesAusG ist hingegen jedenfalls dann gegeben, wenn der Käufer zu zumindest 75 % am Kapital beteiligt ist[59] und daher im Alleingang für einen Beschluss gem § 237 AktG sorgen könnte.[60] Eben anhand dieses Falls der alleinigen Entscheidungsmacht des übernehmenden Gesellschafters haben *Lutter/Drygala* den Begriff der übertragenden Auflösung geprägt;[61] in der anknüpfenden Literatur ist daraus – soweit ersichtlich ohne Begründung – „der Mehrheitsgesellschafter"[62] (mit nach dem Sprachgebrauch eventuell auch einfacher Stimmen- oder Kapitalmehrheit) geworden.

Drittens ist damit der analoge Anwendungsbereich des GesAusG noch nicht abschließend umschrieben. Denn auch ein Gesellschafter mit weniger als 75 % der Stimmen kann je nach Versammlungspräsenz ohne fremde Hilfe eine 75%-Mehrheit des vertretenen Grundkapitals (samt einfacher Stimmenmehrheit)[63] erzielen. Der Schwellenwert von 90 % *des Nennkapitals* soll solche „Übernahmen kraft Fernbleibens" aber erkennbar ausschließen.[64] Eine rechtssichere Definition der „übertragenden Auflösung" und damit insb der analogen Anwendbarkeit des 90%-Quorums, die diesem Gesichtspunkt Rechnung tragen könnte, ist aber nicht ersichtlich.[65] Abzulehnen ist insb der Vor-

out (2006) Rz 644 ff; ähnlich bereits (noch auf Basis des UmwG) *Rüffler*, Lücken 265 ff.

51 *Rüffler*, Lücken 265 ff; *Rüffler*, Die übertragende Auflösung als Beispiel für die analoge Anwendung des Umwandlungsrechts, wbl 2001, 347 (354 f) (jeweils noch auf Basis des UmwG); *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] § 50 Rz 9; *Winner* in MüKo AktG IV[4] § 179a Rz 110; *Gall* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG[2] § 237 Rz 37.

52 Bejahend allgemein für die Vermögensübertragung nach § 237 AktG *Rüffler*, Lücken 290 ff; beschränkt auf die „übertragende Auflösung" *Gall* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG[2] § 237 Rz 46; *Winner* in MüKo AktG IV[4] § 179a Rz 111.

53 Ebenso *Winner* in MüKo AktG IV[4] § 179a Rz 110.

54 *Kalss*, V-S-U[2] Vor § 1 GesAusG Rz 11; krit auch *Gall/Potyka/Winner*, Squeeze-out Rz 645.

55 So aber eine Meinung in Deutschland, vgl etwa *Ehmann* in *Grigoleit*, Aktiengesetz (2013) § 179a Rz 12; *Wilhelm/Dreier*, Beseitigung von Minderheitsbeteiligungen auch durch übertragende Auflösung einer AG? ZIP 2003, 1369 (1372 ff), wonach die deutschen *Squeeze-out*-Regelungen (§§ 327a ff dAktG) als *leges speciales* Sperrwirkung entfalten. Vgl dazu auch *Rüffler*, Lücken 232 ff mwN.

56 Siehe nur *Winner* in MüKo AktG IV[4] § 179a Rz 109; *Gall/Potyka/Winner*, Squeeze-out Rz 644; *Rüffler*, Lücken 233.

57 ErläutRV 1334 BlgNR 22. GP 26: *„Gleichzeitig versucht der Entwurf, generell alle Anreize auszuschalten, andere Instrumente zum Aus-schluss der Minderheitsgesellschafter zu verwenden."* Dementspre-chend unterwarf das ÜbRÄG 2006 die bis dahin vorherrschende Me-thode der *Squeeze-out*-Spaltung (nicht verhältniswahrende Abspaltung der Minderheit in eine *„cash-box"*, vgl dazu *Bachner*, Squeeze-out durch Spaltung, ecolex 2000, 360, sowie *Kalss*, V-S-U2 Vor § 1 Ges-AusG Rz 4) dem Einstimmigkeitserfordernis gem § 8 Abs 3 Z 1 und 2 SpaltG.

58 *Eckert/Schopper* in *Artmann/Karollus*, AktG III[6] § 195 Rz 62.

59 So auch die in der deutschen Rechtsprechung entschiedenen Fälle: OLG Stuttgart 10 U 48/93, *MotoMeter I*, ZIP 1995, 1515 (98,98 %); OLG Stuttgart 8 W 43/93, *MotoMeter II*, AG 1997, 136 (98,98 %); BayObLG 3 ZBR 37/98, AG 1999, 185 (97 %); OLG Zweibrücken 3 W 255/04, NZG 2005, 935 (99,85 %).

60 Zur Ausführungspflicht des Vorstands (vgl § 83 Abs 2 dAktG) vgl *Kalss* in MünchKomm zum Aktiengesetz II[5] (2019) § 83 Rz 29; *Bydlinski/Potyka* in *Artmann/Karollus*, AktG II[6] § 103 Rz 7. Dementsprechend ist zB ein Verschmelzungsvertrag abzuschließen, wenn die HV dies mit Dreiviertelmehrheit verlangt (*Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG[2] § 220 Rz 6; *Szep* in *Artmann/Karollus*, AktG III[6] § 220 Rz 3).

61 *Lutter/Drygala*, Die übertragende Auflösung: Liquidation der Aktiengesellschaft oder Liquidation des Minderheitenschutzes? in FS Kropff (1997) 191 (193), definieren die *„übertragende Auflösung"* als *„Vermögensübertragung auf den Mehrheitsaktionär"*. Entgegen dem allgemeinen Sprachgebrauch dürfte aber eine qualifizierte Kapitalmehrheit von zumindest 75 % gemeint gewesen sein. Dies ergibt sich aus den Formulierungen auf S 203 (*„… sei es, dass er kraft seiner Mehrheit von vornherein nach § 179a AktG bestimmt, dass der Verkauf zu den festgelegten Konditionen an ihn erfolgen soll"*) sowie S 204 (*„Dessen Wirksamkeit ist schon deshalb eingeschränkt, weil der Mehrheitsgesellschafter kraft seiner satzungsändernden Mehrheit jederzeit auch die Fortsetzung der aufgelösten Gesellschaft beschließen kann"*). Vgl auch *Lutter/Leinekugel*, Planmäßige Unterschiede im umwandlungsrechtlichen Minderheitenschutz? ZIP 1999, 261 (263), wonach durch eine „übertragende Auflösung" eine Minderheit von bis zu 25 % ausgeschlossen werden kann.

62 *Rüffler*, Lücken 231; *Rüffler*, wbl 2001, 347; *Koppensteiner*, Sonderrechte bei Auflösung, Unternehmensübertragung und verschmelzender Umwandlung im Recht der GmbH, wbl 2001, 1; *Gall* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG[2] § 237 Rz 37; *Winner* in MüKo AktG IV[4] § 179a Rz 112; *Gall/Potyka/Winner*, Squeeze-out Rz 622; vgl auch *Haberstock/Greitemann* in *Hölters*, Aktiengesetz[3] (2017) § 179a Rz 17; *Holzborn* in *Spindler/Stilz*, AktG[4] § 179a Rz 34; *Ehmann* in *Grigoleit*, AktG § 179a Rz 12 (die mit „Mehrheitsaktionär" freilich erkennbar einen zu zumindest 75 % beteiligten Aktionär meinen); vgl ferner aus der Rechtsprechung BayObLG 3 ZBR 37/98, AG 1999, 185 (186); OLG Zweibrücken 3 W 255/04, NZG 2005, 935 (936). Das BVerfG verwendet in I BvR 68/95 und I BvR 147/97, NJW 2001, 279 (280), allerdings (auch) die Begriffe „Großaktionär" und „Hauptaktionär".

63 *Schmidt-Pachinger* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG[2] § 121 Rz 23.

64 Vgl zur 90%-Schwelle bei nicht verhältniswahrender Spaltung (§ 8 Abs 3 SpaltG) *Kalss*, V-S-U[2] § 8 SpaltG Rz 3 (Schutz auch passiver Gesellschafter).

65 Vgl bereits die Kritik bei FN 55.

Erstellt von LexisNexis am 25.06.2025 um 07:20 (2537QWMS)

Dieses PDF ist nur für den persönlichen Gebrauch bestimmt und darf nicht weiter verbreitet werden.

schlag, auf die Übernahme durch einen beherrschenden Gesellschafter iSd § 15 Abs 2 AktG abzustellen;[66] denn dieser Maßstab hängt zu stark vom Einzelfall ab, zumal die in diesem Zusammenhang vertretenen Vermutungen[67] in der Haupt- oder Generalversammlungssituation kaum helfen.

Auch mangels besseren Maßstabs ist daher im Einklang mit dem Wortlaut der gängigen Definition[68] einer „übertragenden Auflösung" auf eine (einfache) Mehrheitsbeteiligung abzustellen. Das GesAusG kommt demnach zur Anwendung, wenn der (oder die)[69] Käufer-Gesellschafter (oder eine Gesellschaft, an welcher der oder die Gesellschafter mittelbar oder unmittelbar zumindest mehrheitlich beteiligt ist bzw sind) an der Verkäufer-Gesellschaft zu mehr als 50 % beteiligt ist (bzw sind). Dafür spricht immerhin, dass der Mehrheitsgesellschafter den Verkauf ab dieser Schwelle gegen die Mehrheit der übrigen Gesellschafter (*majority of the minority*) durchsetzen kann. Für börsenotierte Gesellschaften enthält § 22 Abs 2 ÜbG die Wertung, dass grundsätzlich bereits 30 % der Stimmrechte einen entsprechenden Einfluss vermitteln.

Die Analogie erstreckt sich in den genannten Fällen sowohl für AG als auch GmbH auf den erforderlichen Bericht der Geschäftsführung (§ 3 Abs 1 GesAusG) sowie gegebenenfalls des AR (§ 3 Abs 3 GesAusG), die vorgelagerte Angemessenheitsprüfung durch einen sachverständigen Prüfer (§ 3 Abs 2 GesAusG) sowie die Informations- und Transparenzpflichten vor Beschlussfassung (§ 3 Abs 5–9 GesAusG). Überdies können die Gesellschafter die Angemessenheit des Kaufpreises analog § 6 GesAusG überprüfen lassen, wobei freilich (auch aus Gründen der Kapitalerhaltung)[70] nur Leistung an die übertragende Gesellschaft verlangt werden kann;[71] eine Beschlussanfechtung wegen (behaupteter) Unangemessenheit des Kaufpreises ist analog § 6 Abs 1 GesAusG ausgeschlossen. Anders als nach § 237 Abs 1 AktG ist schließlich ein Beschluss mit einer Mehrheit von 90 % des Nennkapitals erforderlich; das Erfordernis der Konzentration der Anteile in einer Hand (§ 1 Abs 2 und 3 GesAusG) gilt hingegen nicht.[72] Analog § 8 Abs 3 Satz 3 SpaltG, § 5 Abs 2 Satz 3 UmwG reicht aus, dass die 90%-Kapitalschwelle zwar nicht in der Gesellschafterversammlung erreicht wird, wohl aber durch ausreichende Zustimmungserklärungen binnen drei Monaten nach Beschlussfassung.

2. Thesen

- § 237 AktG ist mit dem OGH analog auf die GmbH anzuwenden. Weder der im Vergleich zu Aktionären größere Einfluss der GmbH-Gesellschafter auf die Geschäftsleitung noch § 90 Abs 4 GmbHG stehen der Analogie im Weg.
- Eine Übertragung des „ganzen Gesellschaftsvermögens" (§ 237 AktG) ist analog § 238 AktG schon dann anzunehmen, wenn mehr als 75 % des betriebsnotwendigen Vermögens übertragen werden.
- Daneben bestehen keine „ungeschriebenen HV-Kompetenzen" im Sinne der *Holzmüller/Gelatine*-Rechtsprechung des BGH.
- Übertragungen des gesamten Vermögens einer GmbH bedürfen nicht der Einstimmigkeit nach § 50 Abs 3 GmbHG. Auch ein Stimmverbot (§ 39 Abs 4 Satz 2 Fall 1 GmbHG) greift nicht ein.
- Der Übertragungsvertrag bedarf auch bei der GmbH eines Notariatsakts, der Beschluss notarieller Beurkundung. Formmängel heilen durch FB-Eintragung.
- Der Gesetzgeber differenziert zwischen Vermögensübertragungen durch Einzel- und Gesamtrechtsnachfolge. Die analoge Anwendung umgründungsrechtlicher Schutzinstrumente auf Vermögensübertragungen iSd § 237 AktG ist daher abzulehnen. Anderes gilt (nur) bei der „*Squeeze-out*-Übertragung" an einen zu mehr als 50 % (bzw zu 30 % bei Börsenotierung) beteiligten Gesellschafter: Hier ist das Schutzinstrumentarium des GesAusG einschließlich des Erfordernisses einer 90%-Kapitalmehrheit analog anzuwenden.

66 *Rüffler*, Lücken 322.

67 Die hM knüpft an Mehrheitsbeteiligung an; vorzugswürdig ist indes ein Abstellen auf die *Control*-Tatbestände nach § 244 Abs 2, Abs 4 und 5 UGB (*U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 115 Rz 4).

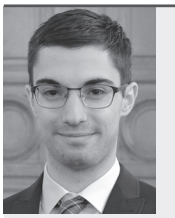
68 Vgl bei FN 62.

69 Die Übertragung an zB eine zu diesem Zweck errichtete (Tochter-)Gesellschaft mehrerer Gesellschafter, die zusammen mehrheitlich an der übertragenden Gesellschaft beteiligt sind, konfligiert zwar mit dem Normzweck des § 1 Abs 2 und 3 GesAusG (FN 73), weil nach der Transaktion mehr als ein Gesellschafter am übertragenen Vermögen beteiligt ist. Die entsprechende Wertung des GesAusG beruht aber auf dem speziellen Ausschlusscharakter der Regelung, die durch eine kostensenkende „Bereinigung" der Gesellschafterstruktur gerechtfertigt wird (siehe wiederum FN 73), und passt nicht auf Vermögensübertragungen nach § 237. Deutlich zeigt dies § 5 Abs 1 UmwG, der die Vermögensübertragung auf eine zu errichtende Personengesellschaft regelt, die notwendig mindestens zwei Gesellschafter hat.

70 *Rüffler*, Lücken 292.

71 Zu dieser Modifikation siehe *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung 177; *Bachner*, Bewertungskontrolle 160; *Rüffler*, Lücken 292 ff.

72 Dieses Erfordernis stellt im Rahmen des GesAusG sicher, dass der Ausschluss zur volkswirtschaftlich erwünschten Bereinigung der Aktionärsstruktur führt und demzufolge nach Vollendung des Ausschlusses nur noch ein Gesellschafter beteiligt ist (ErläutRV 1334 BlgNR 22 GP 26 f). Erfolgt der „Ausschluss" aber über den „Umweg" einer Vermögensübertragung, so ist irrelevant, wie die 90%-Kapitalmehrheit zustande kommt, weil dies ohnehin keinen Aufschluss über die Gesellschafterstruktur des Erwerbers gibt. Ebenso *Rüffler*, Lücken 267; aA allerdings *Gall/Potyka/Winner*, Squeeze-out Rz 649; *Winner* in MüKo AktG IV4 § 179a Rz 110.



Der Autor:

Mag. **Simon Drobnik** ist Universitätsassistent am Institut für Unternehmens- und Wirtschaftsrecht der Universität Wien (Lehrstuhl Univ.-Prof. Dr. Ulrich Torggler, LL.M.). Seine Forschungsschwerpunkte liegen im Gesellschafts- und Europarecht.

simon.drobnik@univie.ac.at

lesen.lexisnexis.at/autor/Drobnik/Simon

Foto: privat

Der Autor:

Univ.-Prof. Dr. **Ulrich Torggler**, LL.M. lehrt Unternehmensrecht am Institut für Unternehmens- und Wirtschaftsrecht der Universität Wien und ist Autor zahlreicher unternehmens- und gesellschaftsrechtlicher Publikationen.

ulrich.torggler@univie.ac.at

lesen.lexisnexis.at/autor/Torggler/Ulrich

Foto: Wilke

Erstellt von LexisNexis am 25.06.2025 um 07:20 (2537QWMS)