

# ÖSTERREICHISCHE NOTARIATS ZEITUNG

151. JAHRGANG

10  
2019



MONATSSCHRIFT FÜR NOTARIAT UND VERFAHREN AUSSER STREITSACHEN

Aus dem Inhalt:

---

## BEITRÄGE

---

*Andreas Kletečka:*

Erbunwürdigkeit auf Grund von „betrügerischer Krida“ (§ 156 StGB)  
im Familienkreis?

Seite 361

*Alexander Schopper:*

Gerichtliche Gestattung der Übertragung von vinkulierten Aktien und  
Benennung eines Ersatzerwerbers durch die AG

Seite 365

*Dietmar Czernich:*

OGH zu Geschlechterklauseln in Gesellschaftsverträgen: Diskriminierung  
von Frauen unzulässig

Seite 373

---

## RECHTSPRECHUNG

---

Rechte der Miteigentümer auf Mitbenützen der gemeinsamen Sache

(*Hans Hoyer †*)

Seite 380

Verspätete Eintragung eines Haftungsausschlusses nach § 38 Abs 4 UGB

Seite 394

Anfechtbarkeit von Innehaltungsbeschlüssen

Seite 399

REDAKTION: Ludwig Bittner, Hans Hoyer †, Elisabeth Lovrek, Peter G. Mayr, Christian Rabl, Alexander Schopper,  
Rudolf Welser, Alexander Winkler. BEIRAT: Hans Georg Ruppe, Karl Stöger, Wolfgang Zankl.

NZ 2019/125

## Gerichtliche Gestattung der Übertragung von vinkulierten Aktien und Benennung eines Ersatzerwerbers durch die AG

### Zugleich eine Besprechung von OGH 6 Ob 18/19v

*In einer aktuellen Entscheidung war der OGH<sup>1</sup> erstmals mit dem Problem der gerichtlichen Gestattung der Übertragung von vinkulierten Namensaktien nach § 62 Abs 3 Satz 1 AktG befasst. Dieser Beitrag würdigt die Entscheidung und untersucht die damit verbundene Folgefrage der Benennung eines Ersatzerwerbers durch die Gesellschaft nach § 62 Abs 3 Satz 3 AktG.*

Von Alexander Schopper

#### Inhaltsübersicht:

- A. Sachverhalt zu OGH 6 Ob 18/19v
- B. Gestattung der Aktienübertragung durch das Gericht
- C. Benennung eines Ersatzerwerbers durch die AG (§ 62 Abs 3 Satz 3 AktG)
  1. Normzweck
  2. Entscheidungskompetenz zur Benennung des Ersatzerwerbers
    - a) Überblick über den Meinungsstand
    - b) Eigene Ansicht
  3. Entscheidungskriterien bei der Auswahl des Ersatzerwerbers
  4. Übertragung der Aktie „zu den gleichen Bedingungen“
- D. Zusammenfassung der Ergebnisse

<sup>1</sup> OGH 27. 6. 2019, 6 Ob 18/19v NZ 2019, 342.

## A. Sachverhalt zu OGH 6 Ob 18/19v

Nach der Satzung einer AG, die als Seilbahnunternehmen ein Skigebiet betreibt, bedarf die Übertragung der Namensaktien der Zustimmung der Gesellschaft (Vinkulierung). Für diese Zustimmung ist laut Satzung ein Beschluss der Hauptversammlung mit einer Mehrheit von über  $\frac{3}{4}$  des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals erforderlich. Der Antrag zweier Aktionäre auf Zustimmung zur Übertragung ihrer Aktien an einen Dritten (Erwerbgesellschaft) erreichte in der HV nicht die erforderliche Mehrheit. Daraufhin brachten die beiden veräußerungswilligen Aktionäre bei Gericht einen Antrag gem § 62 Abs 3 Satz 1 AktG auf Gestattung der Übertragung ihrer Aktien an den Erwerber ein.

## B. Gestattung der Aktienübertragung durch das Gericht

Das Gericht hat in einem solchen Fall die Übertragung zu gestatten, wenn i) der übertragungswillige Aktionär nachweislich seiner Einlagepflicht im Ausmaß der bisherigen Einlageforderungen nachgekommen ist,<sup>2</sup> ii) kein wichtiger Grund für die Verweigerung der Zustimmung vorliegt und iii) die Aktienübertragung ohne Schädigung der Gesellschaft, der übrigen Aktionäre und der Gläubiger erfolgen kann (§ 62 Abs 3 Satz 1 AktG).

Bei dieser Prüfung sind die Interessen des veräußerungswilligen Aktionärs, der Gesellschaft, der Mitaktionäre und der Gläubiger im Rahmen einer Gesamtabwägung zu berücksichtigen. Vor der Entscheidung hat das Gericht den Vorstand der Gesellschaft zu hören. Diese Rolle des Vorstands ist zwingend, weil § 62 Abs 3 Satz 2 AktG anders als Abs 2 leg cit keine Öffnungsklausel zugunsten einer abweichenden Satzungsregelung enthält. Die gegen die Übertragung opponierenden Mitaktionäre haben nach Ansicht des OGH<sup>3</sup> in diesem Verfahren auch dann keine Parteistellung, wenn die Zustimmung zur Übertragung nicht dem Vorstand, sondern – auf Basis der in § 62 Abs 2 AktG enthaltenen Öffnungsklausel – laut Satzung der HV obliegt. Die Interessen der Gesellschaft und die Argumente aller Mitaktionäre hat nach Ansicht des OGH in einem solchen Fall der Vorstand vor dem zuständigen FB-Gericht zu vertreten.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> Offene Einlagen stehen einer gerichtlichen Gestattung der Übertragung somit nicht per se entgegen. Ein Ausschlussgrund für die Genehmigung der Übertragung ist lediglich, wenn der veräußerungswillige Gesellschafter eine bereits eingeforderte Einlage nicht geleistet hat. Während bei der GmbH offene Einlagen sehr häufig vorkommen, sind diese bei AG – ua wegen § 149 Abs 4 AktG – praktisch sehr selten.

<sup>3</sup> OGH 27. 6. 2019, 6 Ob 18/19v, Pkt 3.3 ff.

<sup>4</sup> AA zu § 77 GmbHG *Fantur/Zehetner*, Vinkulierte Geschäftsanteile (Teil I), *ecolex* 2000, 428 (432): Die Gesellschaft werde in diesem Verfahren „durch das zustimmungsberechtigte Organ vertreten“. Dies sei nicht (nur) der Geschäftsführer: Gemäß § 77 Satz 2 GmbHG hat das Gericht „vor der Entscheidung die Geschäftsführung zu hören“. Diese Regelung wäre nach *Fantur/Zehetner* überflüssig, wenn die Gesellschaft im Verfahren ohne-

Der Gesetzeswortlaut differenziert zwischen dem Nichtvorliegen eines wichtigen Grundes auf der einen Seite und keiner Schädigung der Gesellschaft, Mitaktionäre und Gläubiger auf der anderen Seite. Wenn nicht beide Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind, war die Verweigerung der Zustimmung durch die Gesellschaft rechtmäßig und kann nicht durch eine gerichtliche Entscheidung ersetzt werden.<sup>5</sup> Es sind durchaus Fälle denkbar, bei denen eine Schädigung von AG, Mitaktionären oder<sup>6</sup> Gläubigern nicht zu befürchten ist, ein wichtiger Grund aber dennoch vorliegt (zB statutarische Beschränkung der Übertragung an Familienmitglieder). Häufig werden sich die beiden Kriterien aber bei der vom Gericht anzustellenden Interessenabwägung nicht streng voneinander trennen lassen.<sup>7</sup> Nach zutreffender Ansicht des OGH<sup>8</sup> sind beides Fragen, die nur im Einzelfall beantwortet werden können.

Der wichtige Grund für die Verweigerung der Zustimmung wird in § 62 Abs 2 Satz 3 und Abs 3 Satz 1 AktG angesprochen und hat jeweils dieselbe Bedeutung. Anders als zB § 75 Abs 4 AktG (wichtiger Grund für die Abberufung des Vorstands)<sup>9</sup> enthält § 62 Abs 2 und 3 AktG keine demonstrative Aufzählung von wichtigen Gründen. Der OGH stellt bei der Ermittlung eines wichtigen Grundes primär auf die Satzung ab.<sup>10</sup> Darin können explizit die wichtigen Gründe für eine Verweigerung der Zustimmung festgelegt werden, was aus Rechtssicherheitsgründen durchaus zu empfehlen ist.<sup>11</sup> Obiter deutet der 6. Senat an, dass er sich an eine solche Aufzählung wichtiger Gründe in der Satzung gar nicht gebunden fühlen würde, sondern durch Auslegung der Satzung weiter zu prüfen wäre, ob darüber hinaus noch weitere Umstände in die Interessenabwägung einzubeziehen seien.<sup>12</sup> Das darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass es aus aktienrechtlicher Sicht grundsätzlich zulässig ist, die wichtigen Gründe für eine Verweigerung der Zustimmung in der Satzung abschließend zu regeln. Abseits der in der Satzung taxativ aufgezählten wichtigen Gründe gilt dann der allgemeine Grundsatz der freien Übertragbarkeit der Aktien. Dann

hin stets durch die Geschäftsführer vertreten wäre. Für die GmbH hat der OGH die Frage in einem obiter dictum offengelassen (vgl OGH 27. 6. 2019, 6 Ob 18/19v, Pkt 4.1.5.).

<sup>5</sup> *Kalss/Probst*, Familienunternehmen Rz 5/36; ebenso für § 77 GmbHG vgl *Schopper in Gruber/Harrer*, GmbHG<sup>2</sup> § 77 Rz 4.

<sup>6</sup> Eine zu befürchtende Schädigung auch nur einer der genannten Personen reicht grundsätzlich aus.

<sup>7</sup> Ähnlich *Haberer/Zehetner in Artmann/Karollus*, AktG<sup>6</sup> § 62 Rz 60, die einen Überschneidungsbereich anerkennen.

<sup>8</sup> OGH 27. 6. 2019, 6 Ob 18/19v, Pkt 6.2.4.

<sup>9</sup> Zu § 75 Abs 4 s *Reich-Rohrwig/Szilagy* in *Artmann/Karollus*, AktG<sup>6</sup> § 75 Rz 206 mwN.

<sup>10</sup> OGH 27. 6. 2019, 6 Ob 18/19v, Pkt 6.2.2.

<sup>11</sup> OGH 27. 6. 2019, 6 Ob 18/19v, Pkt 6.2.2.

<sup>12</sup> In dieselbe Richtung geht der OGH, wenn er in Fällen, in denen die Vinkulierung gesetzlich vorgesehen ist, neben den gesetzlichen Zwecken grundsätzlich auch privatautonome Zwecke für relevant hält, die mittels Auslegung der Satzung zu ermitteln seien (Pkt 6.2.2 der Entscheidungsbegründung).

darf die Zustimmung zur Übertragung aus anderen Gründen weder durch die Gesellschaft (§ 62 Abs 2 Satz 3 AktG) noch durch das FB-Gericht (§ 62 Abs 3 Satz 1 AktG) verweigert werden. In Zweifelsfällen ist freilich durch Auslegung zu ermitteln, ob die in der Satzung genannten Verweigerungsgründe eine abschließende Regelung darstellen oder nicht.<sup>13</sup>

Aus der vom OGH zu Recht in den Vordergrund gestellten Auslegung der Satzung lässt sich die Tendenz erkennen, dass die statutarische Festlegung der wichtigen Gründe für die Zustimmungsverweigerung ebenso wie die Festlegung des Vinkulierungszwecks grundsätzlich eine privatautonome Entscheidung der Aktionäre ist. Das ist zutreffend, weil sich weder aus dem Wortlaut „wichtiger Grund“ gem § 62 Abs 2 und 3 AktG<sup>14</sup> noch aus sonstigen Bestimmungen des Aktienrechts ein halbwegs nachvollziehbarer objektiver Maßstab ableiten lässt, wonach bestimmte Umstände von vornherein nicht als wichtiger Grund in die Satzung aufgenommen werden dürfen.<sup>15</sup> Es besteht insofern Satzungsautonomie. Aus aktienrechtlicher Sicht zulässig sind statutarische Verweigerungsgründe wie zB die Nichtzugehörigkeit des Erwerbers zu einer bestimmten Berufsgruppe oder Familie,<sup>16</sup> ein Konkurrenzverhältnis des Erwerbers zur Gesellschaft oder einem Aktionär, die mangelnde Solvenz des Erwerbers oder das Erreichen einer bestimmten Beteiligungsschwelle.<sup>17</sup> Sofern die Satzung derartige Umstände als wichtige Gründe für die Verweigerung der Zustimmung nennt, besteht aus rein aktienrechtlicher Sicht keine Grundlage für eine nachträgliche Überprüfung durch das Gericht, ob diese Gründe objektiv betrachtet ausreichendes Gewicht haben.

Beschränkungen können sich aus anderen Rechtsgebieten bzw allgemeinen Sittenwidrigkeitserwägungen erge-

ben: Eine ausländische Staatsbürgerschaft des potentiellen Erwerbers als statutarischer Verweigerungsgrund wird in Bezug auf Unions- und EWR-Bürger an der Kapitalverkehrsfreiheit und am Diskriminierungsverbot gem Art 18 AEUV, die auch in das Privatrecht ausstrahlen, scheitern.<sup>18</sup> Stellt der in der Satzung genannte wichtige Grund für die Verweigerung der Zustimmung zur Aktienübertragung eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts, der Religion, der Hautfarbe, des Alters etc dar, kann die Klausel sittenwidrig und daher nichtig gem § 879 Abs 1 ABGB sein.<sup>19</sup> Führen die in der Satzung enthaltenen wichtigen Gründe de facto dazu, dass einem Aktionär jede Veräußerungsmöglichkeit dauerhaft genommen wird, wird das bei Vorliegen eines überwiegenden Veräußerungsinteresses des Aktionärs sittenwidrig gem § 879 Abs 1 ABGB sein. Unzulässig ist eine Satzungsgestaltung, die eine Übertragbarkeit der Aktien auf Dauer gänzlich unterbindet.<sup>20</sup>

Häufig enthält die Satzung aber keine Aufzählung der wichtigen Gründe für eine Verweigerung der Zustimmung zur Aktienübertragung. Dann steht bei der Satzungsauslegung die Ermittlung des Vinkulierungszwecks im Mittelpunkt. Insofern kann es bei der Gestaltung der Satzung durchaus zu empfehlen sein, zumindest den oder die Vinkulierungszweck(e) ausdrücklich festzuhalten. Soweit es sich um korporative Satzungsbestimmungen handelt, was bei Vinkulierungsklauseln idR der Fall ist, weil deren Rechtsfolgen auch für neu eintretende Aktionäre Wirkung entfalten, sind die Vinkulierungsklausel und auch die in der Satzung angegebenen wichtigen Gründe für eine Zustimmungsverweigerung objektiv auszulegen.<sup>21</sup>

Enthält die Satzung keine Angaben zu den wichtigen Gründen und lassen sich auch aus dem Vinkulierungszweck keine eindeutigen Schlüsse ziehen, sind nach Ansicht des 6. Senats einerseits der mit der zur Veräuße-

<sup>13</sup> IdS wohl OGH 27. 6. 2019, 6 Ob 18/19v, Pkt 6.2.2; ebenso Bayer in MünchKomm AktG<sup>5</sup> § 68 Rz 61; nach Merkt in Großkomm AktG<sup>5</sup> § 68 Rz 412, auf den sich der OGH beruft, soll bei einer allgemein gehaltenen Vinkulierungsklausel idR kein exklusiver Vinkulierungszweck vorliegen. Dabei ist allerdings auch zu berücksichtigen, dass die österreichische Regelung in diesem Punkt „übertragungsfreundlicher“ ausgestaltet ist als das deutsche Pendant und sich das deutsche Schrifttum nicht uneingeschränkt auf Österreich übertragen lässt.

<sup>14</sup> Der wichtige Grund iSd § 62 Abs 3 Satz 1 AktG hat dennoch einen Anwendungsbereich. Bei Fehlen einer entsprechenden Satzungsregelung handelt es sich um ein Element der vom Gericht anzustellenden Interessenabwägung.

<sup>15</sup> AA Micheler in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> § 62 Rz 30; Lind/Klepp in Gratzl/Hausmaninger/Justich, Handbuch zur Aktiengesellschaft I<sup>2</sup> (2017) 112.

<sup>16</sup> Dazu im Speziellen Kalss/Probst, Familienunternehmen Rz 5/36; Doralt/Diregger in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> § 15 Rz 125; aA Micheler in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> § 62 Rz 29f.

<sup>17</sup> Ähnlich Haberer/Zehetner in Artmann/Karollus, AktG<sup>6</sup> § 62 Rz 60; Doralt/Diregger in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> § 15 Rz 125; Haberer/Zehetner in Jabornegg/Strasser, AktG<sup>5</sup> § 62 Rz 36; Zib, Zur Verweigerung der Zustimmung zur Übertragung vinkulierter Aktien, in FS Straube (2009) 249; Kalss/Probst, Familienunternehmen Rz 5/36; Bayer in MünchKomm AktG<sup>5</sup> § 68 Rz 61.

<sup>18</sup> Lutter/Drygala in KölnKomm AktG<sup>3</sup> § 68 Rz 72 mwN.

<sup>19</sup> Die dazu jüngst ergangene E OGH 24. 1. 2019, 6 Ob 55/18h NZ 2019, 213 = GesRZ 2019, 181 (Arlt) = eclex 2019, 602 (Zimmermann) (dazu Czernich, OGH zu Geschlechterklauseln in Gesellschaftsverträgen: Diskriminierung von Frauen unzulässig, NZ 2019, 373) ist nicht unmittelbar einschlägig für die hier zu untersuchende Frage, weil sich der OGH in dieser Entscheidung vor allem auf die RL 2010/41/EU und das GIBG beruft. Geschützt wird darin der Grundsatz der Gleichbehandlung zwischen Männern und Frauen beim Zugang und der Ausübung von selbständigen Erwerbstätigkeiten. Im konkreten Fall ging es dem OGH um den diskriminierungsfreien Zugang zu einer mit der Stellung als Komplementär verbundenen Unternehmensführung (OGH 6 Ob 55/18h, Pkt 9.4b). Da mit der Aktionärsstellung gerade keine Unternehmensführung bzw selbständige Erwerbstätigkeit verbunden ist, lässt sich zumindest die Begründung der E OGH 6 Ob 55/18h nicht auf den hier interessierenden Problemkreis übertragen. Für eine Sittenwidrigkeit auch bei AG-Satzungen Arlt, aaO und Czernich, aaO.

<sup>20</sup> Treffend Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> 3/126 mwN.

<sup>21</sup> Nunmehr stRsp; OGH 23. 5. 2019, 6 Ob 57/19d; RIS-Justiz RS0108891.

zung anstehenden Beteiligung verbundene Einfluss und andererseits eine aus den Motiven des potentiellen Erwerbers resultierende Beeinträchtigung der Gesellschaftsinteressen umfassend zu berücksichtigen. Zutreffend kommt es laut OGH auf das Gesamtbild der beiden Elemente an. Beim Element des mit der Beteiligung verbundenen Einflusses zeigt sich der 6. Senat tendenziell übertragungsfreundlich: Selbst die Veräußerung einer Sperrminorität (mit der ein nicht unerheblicher Einfluss auf die Gesellschaft verbunden ist) sei per se noch kein wichtiger Grund für eine Verweigerung der Zustimmung.<sup>22</sup> Vielmehr sei weiter zu prüfen, ob aus den Motiven des potentiellen Erwerbers eine Beeinträchtigung der Interessen der AG, der Mitaktionäre oder der Gläubiger zu befürchten wäre.

Gesellschafts- bzw vinkulierungsfreundlich legt der OGH das Element der zu erwartenden Schädigung aus: Hier sei bereits eine als wahrscheinlich zu erwartende Schädigung der Gesellschaft, der Mitaktionäre oder der Gläubiger in die Gesamtabwägung einzubeziehen.<sup>23</sup> Ob eine solche Schädigung wahrscheinlich

ist, kann nur unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls entschieden werden. Die AG und die gegen die Übertragung der Aktien votierenden Aktionäre beriefen sich in dem konkreten Fall darauf, dass die Erwerbengesellschaft im Eigentum von Konkurrenten der als Betreiberin eines Skigebiets tätigen AG stehe. Dieses Argument hält der OGH nicht für durchschlagend, weil die in einem Urlaubsort tätigen einzelnen Unternehmen typischerweise auch von einer durch die Investitionen anderer Unternehmer gesteigerten Attraktivität des Urlaubsortes profitieren. Insoweit bestehe nicht nur ein von Konkurrenz, sondern auch ein von einem Interessengleichklang geprägtes Verhältnis.<sup>24</sup>

Im Ergebnis verneint der OGH das Vorliegen eines wichtigen Grundes und erkennt auch keine wahrscheinlich zu erwartende Schädigung der Gesellschaft, der Mitak-

<sup>24</sup> Der von einem Gesellschafter der Erwerblerin beabsichtigte Nachlass von 20% auf Liftkarten in dem von der AG betriebenen Skigebiet zugunsten von Gästen in von ihm betriebenen Hotels würde – vorbehaltlich einer betrieblichen Rechtfertigung – gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstoßen und hätte daher von den Gerichten bei der Entscheidung über die Gestattung der Aktienübertragung mE viel stärker im Rahmen der Gesamtabwägung berücksichtigt werden müssen.

<sup>22</sup> AA Zib in FS Straube 257.

<sup>23</sup> OGH 27. 6. 2019, 6 Ob 18/19v, Pkt 7.3 und 7.4.



Die Immobilien Ihrer Klienten verdienen unser Engagement.

tionäre oder der Gläubiger. Die Übertragung der vinkulierten Namensaktien war daher nach § 62 Abs 3 AktG zu gestatten und ersetzt die nach dem Gesellschaftsvertrag erforderliche Zustimmung der HV.

## C. Benennung eines Ersatzerwerbers durch die AG (§ 62 Abs 3 Satz 3 AktG)

### 1. Normzweck

Gestattet das Gericht die Übertragung von vinkulierten Namensaktien, kann die Gesellschaft innerhalb eines Monats nach Rechtskraft der Entscheidung dem übertragungswilligen Aktionär durch eingeschriebenen Brief mitteilen, dass sie die Übertragung der Aktien zu den gleichen Bedingungen an einen anderen von ihr bezeichneten Ersatzerwerber gestattet. In diesem Fall darf der Aktionär die Aktien nur an den Ersatzerwerber veräußern (§ 62 Abs 3 Satz 3 AktG) oder er entscheidet sich dafür, die Aktien doch zu behalten. Lehnt der veräußerungswillige Aktionär die Übertragung an den von der AG namhaft gemachten Ersatzerwerber ab, obwohl dieser zu den gleichen Bedingungen erworben hätte, ist die gerichtliche Zustimmung zur Veräußerung an den vom Gesellschafter bevorzugten Erwerber hinfällig. Einem dennoch erfolgten Verkauf an den gerichtlich genehmigten Erwerber stünde die aufrechte Vinkulierung entgegen, was zur Unwirksamkeit führt.

Mit § 62 Abs 3 schuf das AktG 1965 einen ausgeklügelten Interessenausgleich: Dem veräußerungswilligen Aktionär wird der Verkauf der Aktien und damit ein Exit aus der AG durch die gerichtliche Entscheidung ermöglicht, auch wenn die Gesellschaft die Zustimmung verweigert hat. Die Gesellschaft hat ihrerseits dann das Recht, einen unerwünschten Erwerber trotz gerichtlicher Genehmigung noch zu verhindern, indem sie einen ihr genehmen Ersatzerwerber zu den gleichen Bedingungen namhaft macht.<sup>25</sup> Somit hat der Aktionär auch bei vinkulierten Namensaktien bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen das Recht, die Aktien zu veräußern. Die Letztentscheidung, wer die Aktien erwirbt, liegt aufgrund des Rechts zur Namhaftmachung eines Ersatzerwerbers aber nicht bei ihm oder dem Gericht, sondern bei der AG. Vorbild von § 62 Abs 3 AktG sind die für vinkulierte GmbH-Anteile geltenden Regeln (§ 77 GmbHG), die „sinngemäß“ ins AktG übernommen werden sollten.<sup>26</sup>

§ 62 Abs 3 AktG lässt ebenso wie § 77 GmbHG im Zusammenhang mit der Nennung des Ersatzerwerbers durch die „Gesellschaft“ zahlreiche Fragen offen. Einige Punkte wurden in der Literatur bereits behandelt, wobei sich das Schrifttum vor allem auf die GmbH kon-

zentriert. Der OGH hat sich zu dieser Thematik noch nicht geäußert.

## 2. Entscheidungskompetenz zur Benennung des Ersatzerwerbers

### a) Überblick über den Meinungsstand

Nach § 62 Abs 3 Satz 3 AktG hat die Gesellschaft dem veräußerungswilligen Aktionär mitzuteilen, dass sie (dh die Gesellschaft) die Übertragung an einen Ersatzerwerber gestattet. Die Zuständigkeit i) zur Entscheidung, ob und gegebenenfalls wer als Ersatzerwerber genannt wird, und ii) zur Mittelung dieser Entscheidung an den veräußerungswilligen Aktionär ordnet das Gesetz somit der Gesellschaft zu. Offen lässt der Wortlaut von § 62 Abs 3 Satz 3 AktG, welches Organ die AG hierbei vertritt und ob dies in der Satzung geregelt werden kann.

Zur Frage nach der Zuständigkeit für die Entscheidung, ob ein bzw wer als Ersatzerwerber namhaft gemacht werden soll, existieren in der Literatur – allerdings vorrangig zu § 77 GmbHG – im Wesentlichen drei Ansichten: Nach einem Teil der Lehre<sup>27</sup> ist jedenfalls die Geschäftsführung (in der AG somit der Vorstand) für die Benennung des Ersatzerwerbers zuständig. Diese Ansicht geht auf *Reich-Rohrwig*<sup>28</sup> zurück, der dies aber gleichsam voraussetzt und nicht näher begründet. Er meint allerdings auch, dass den bisherigen Aktionären die Möglichkeit gegeben werden müsse, die frei werdenden Aktien zu erwerben. In Anlehnung an das gesetzliche Bezugsrecht stehe den bisherigen Aktionären dieses Erwerbsrecht im Zweifel im Verhältnis der Nennbeträge ihrer Beteiligung zu. Der Vorstand müsse daher rechtzeitig eine HV einberufen und die Erklärungen der (verbleibenden) Aktionäre einholen, ob sie ihr Bezugsrecht ausüben und als Ersatzerwerber benannt werden wollen.<sup>29</sup>

Nach der zweiten, primär zum GmbH-Recht vertretenen Literaturlinie ist die Entscheidung durch jene Person/en zu treffen, die hinsichtlich der Übertragung zustimmungsbefugt ist/sind.<sup>30</sup>

<sup>27</sup> *Reich-Rohrwig*, Übertragung vinkulierter Anteile, *ecolex* 1994, 757; *Schmidsberger*, Beschränkungen der Übertragung von Geschäftsanteilen, in *Kalss/Rüffler*, Satzungsgestaltung in der GmbH – Möglichkeiten und Grenzen (2005) 93 (98); *Koppensteiner* in *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> (2007) § 77 Rz 5 mit Verweis auf *Reich-Rohrwig*, *ecolex* 1994, 757 und *Schmidsberger* in *Kalss/Rüffler*, Satzungsgestaltung in der GmbH, 93 (98); wohl auch *Haberer/Zehetner* in *Artmann/Karollus*, AktG<sup>6</sup> § 62 Rz 63.

<sup>28</sup> *Reich-Rohrwig*, *ecolex* 1994, 757 (758 f).

<sup>29</sup> *Reich-Rohrwig*, *ecolex* 1994, 757 (759); ähnlich *Schmidsberger* in *Kalss/Rüffler*, Satzungsgestaltung in der GmbH 93 (98).

<sup>30</sup> *Fantur/Zehetner*, *ecolex* 2000, 428 (432); *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, Wiener Kommentar zum GmbHG § 77 Rz 34; *Schopper* in *Gruber/Harrer*, GmbHG<sup>2</sup> § 77 Rz 8; *Weismann*, Übertragungsbeschränkungen bei GmbH-Geschäftsanteilen (2008) 117 f; *Hoffenscher-Summer* in *FAH*, GmbHG § 77 Rz 27 (unter unrichtiger Berufung auf OGH 22. 2. 2012, 3 Ob 223/11 g, die nicht einschlägig ist); wohl auch *Auer*, Doppelvinkulierung bei GmbH & Co KG, *wbl* 2002, 253 (255).

<sup>25</sup> HHB 272 BlgHH 17. Sess., S 14 zu § 77 GmbHG.

<sup>26</sup> ErläutRV 301 BlgNR 5. GP 68; abgedruckt in *Kalss/Burger/Eckert*, Entwicklung des österreichischen Aktienrechts (2003) 597.

Eine dritte Ansicht scheint *Kalss*<sup>31</sup> zu vertreten, wonach „allein die Gesellschafter“ ein Aufgriffsrecht trotz gerichtlicher Genehmigung der Aktienübertragung haben. Die Altaktionäre können nach dieser Ansicht vor Vollziehung der Übertragung durch den austrittswilligen Gesellschafter eine Person – auch sich selbst – als Erwerber bezeichnen und den Anteil zu den gleichen Bedingungen wie der Dritte erwerben. Demnach entscheidet nach *Kalss* offenbar generell die HV darüber, ob und gegebenenfalls wer als Ersatzerwerber genannt wird.

#### b) Eigene Ansicht

Wie bereits erwähnt, hat die Literatur vor allem § 77 GmbHG im Auge. Fraglich ist, ob das GmbH-Recht für die Auslegung des Nominierungsrechts nach § 62 Abs 3 Satz 3 AktG überhaupt unbesehen übernommen werden kann.

Obwohl § 77 GmbHG Vorbild für § 62 Abs 3 AktG war, wollte der Gesetzgeber die GmbH-Regelung nur „sinngemäß“<sup>32</sup> in das Aktienrecht übernehmen. Damit bringen die Gesetzesmaterialien deutlich zum Ausdruck, dass die GmbH-rechtliche Regelung und die dazu entwickelte Lehre nicht mechanisch und unbesehen in das Aktienrecht übertragen werden dürfen, sondern stets die Besonderheiten der AG zu berücksichtigen sind.

Unterschiede zwischen GmbH und AG lassen sich anhand des Gesetzeswortlauts festmachen, weil der Wortlaut von § 62 Abs 2 AktG in einem wesentlichen Teil vom Wortlaut seines Gegenstücks im GmbH-Recht, dem § 76 Abs 2 GmbHG, abweicht. Sowohl die Bestimmungen über die Zulässigkeit der Vinkulierung selbst (§ 76 Abs 2 GmbHG bzw § 62 Abs 2 AktG) als auch die Bestimmungen über die gerichtliche Ersetzung einer verweigerten Zustimmung bzw des Rechts auf Benennung eines Ersatzerwerbers (§ 77 GmbHG bzw § 62 Abs 3 AktG) sprechen jeweils von „der Gesellschaft“. Allerdings enthält nur § 62 Abs 2 AktG, nicht aber die GmbH-rechtliche Parallelbestimmung den Zusatz, dass in der Satzung anderes geregelt werden kann.

Diese in § 62 Abs 2 AktG enthaltene „Öffnungsklausel“ muss auch bei der systematischen Interpretation von § 62 Abs 3 AktG berücksichtigt werden. Dass der Gesetzgeber in § 62 Abs 3 AktG keine Öffnungsklausel vorgesehen hat, spricht dafür, dass der Gesetzgeber bewusst bei der Benennung eines Ersatzerwerbers keinen Gestaltungsspielraum für die Satzung einräumen wollte. Dabei ist zu berücksichtigen, dass sich das Kompetenzgefüge einer AG – auch einer personalistischen, nicht-börsennotierten – wesentlich von dem einer GmbH unterscheidet. Als gesetzlicher Regelfall entscheidet

der Vorstand der AG in allen Belangen der Gesellschaft alleine und weisungsfrei. Nur in Ausnahmefällen bedarf es auch einer Entscheidung anderer Organe (zB Katalog zustimmungspflichtiger Geschäfte gem § 95 Abs 5 AktG; Umgründungsmaßnahmen und möglicherweise auch „ungeschriebene“ HV-Zuständigkeiten). Im Rahmen des grundsätzlich zwingenden Kompetenzgefüges bei der AG kommt dem Vorstand insoweit eine zwingende Restkompetenz zu, als alle Zuständigkeiten, die das AktG keinem anderen Organ einräumt, durch den Vorstand zu erledigen sind.<sup>33</sup> § 62 Abs 2 AktG wiederholt dieses bei der AG vorgegebene Kompetenzgefüge („Die Zustimmung gibt der Vorstand“), eröffnet aber auch die Möglichkeit zur Schaffung von statutarischen Abweichungen und schafft damit die Ausnahme von der aktienrechtlichen Kompetenzordnung. § 62 Abs 3 AktG spricht dagegen nur von der „Gesellschaft“, ohne ein bestimmtes Organ zu nennen. Daher kommt hier der aktienrechtliche Regelfall zur Anwendung, dh der Vorstand entscheidet alleine und weisungsfrei, ob und wer als Ersatzerwerber benannt wird.

Für eine zwingende Zuständigkeit des Vorstands bei der Benennung des Ersatzerwerbers lassen sich außerdem auch objektiv-teleologische Argumente ins Treffen führen. Namentlich würde die Zuständigkeit der HV zu einer massiven Beeinträchtigung der Rechtssicherheit führen, weil ein Beschluss der HV über die Benennung eines Ersatzerwerbers angefochten werden könnte. Ein rechtskräftiges Anfechtungsurteil führt zu einer Vernichtung des Beschlusses mit Wirkung ex tunc.<sup>34</sup> Da der HV-Beschluss trotz erfolgter Anfechtung zunächst wirksam ist, wäre der veräußerungswillige Aktionär vor die Entscheidung gestellt, ob er die Aktien an den im HV-Beschluss genannten Ersatzerwerber oder den gerichtlich genehmigten Erwerber veräußert oder ob er überhaupt von der Veräußerung Abstand nimmt. Ist die Anfechtung am Ende erfolgreich und führt zu einer Vernichtung des HV-Beschlusses mit Wirkung ex tunc, dann dürfte ein zwischenzeitlich bereits erfolgter Verkauf an den im HV-Beschluss benannten Ersatzerwerber gegen die Vinkulierung verstoßen. Der Aktionär hat dann die Aktien an den falschen Erwerber veräußert, nämlich an einen Ersatzerwerber, der infolge des Ex-tunc-Wegfalls des HV-Beschlusses aber gar nicht legitimiert ist. In einem solchen Fall dürfte wohl nur an jenen Erwerber verkauft werden, den das Gericht nach § 62 Abs 3 Satz 1 AktG genehmigt hat,<sup>35</sup> sofern dieser dann überhaupt

<sup>31</sup> *Kalss*, Zur Satzungsstrenge des Aktienrechts, *ecolex* 2012, 559 (559).

<sup>32</sup> ErläutRV 301 BlgNR 5. GP 68; abgedruckt bei *Kalss/Burger/Eckert*, Entwicklung des österreichischen Aktienrechts (2003) 597.

<sup>33</sup> Allgemein *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> Rz 3/325.

<sup>34</sup> *Eckert/Schopper* in *Artmann/Karollus*, AktG<sup>6</sup> § 195 Rz 86; *Diregger* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 195 Rz 117.

<sup>35</sup> Der veräußerungswillige Aktionär darf auch im Fall, dass der von der Gesellschaft wirksam benannte Ersatzerwerber die Aktien schließlich nicht erwirbt, nur an den bereits vom Gericht genehmigten Erwerber veräußern und nicht an jeden beliebigen Dritten; vgl *Schopper* in *Gruber/Harrer*, GmbHG § 77 RZ 11 mwN; *Gurmann/Sakowitsch*, Vinkulierung von Geschäftsanteilen und

noch ein Interesse am Erwerb hat. Die Anfechtungsgefahr ist keineswegs ein bloß theoretisches Argument. Wird etwa eine Person als Ersatzerwerber bestimmt, die nach Ansicht eines Aktionärs unzulässig ist, weil dies zB zum Schaden der Gesellschaft wäre oder dem Zweck der Vinkulierung widerspricht (dazu sogleich Pkt C.3.), könnte der Beschluss nach § 195 Abs 1 AktG wegen Verletzung des Gesetzes (§ 62 Abs 3 AktG) oder der Satzung angefochten werden. Dagegen zieht die unzulässige Nominierung des Ersatzerwerbers durch den Vorstand mE allenfalls eine Haftung des Vorstands nach sich, ohne die Wirksamkeit der Nominierung zu erschüttern. Das Argument der Rechtssicherheit spricht daher klar für eine zwingende Kompetenz des Vorstands zur Benennung eines Ersatzerwerbers.

Außerdem: Während bei der GmbH rasch eine Generalversammlung einberufen (vgl § 38 GmbHG) und alternativ ein Umlaufbeschluss gefasst werden kann, benötigt die Vorbereitung und Einberufung einer HV mehr Zeit. Nach § 107 Abs 1 AktG ist die Einberufung spätestens am 28. Tag vor einer ordentlichen HV bekanntzumachen, eine außerordentliche HV immerhin erst am 21. Tag vorher. Die Satzung kann auch längere Fristen vorsehen. Selbst wenn man von 21 Tagen ausgeht, wäre die Monatsfrist des § 62 Abs 3 AktG viel zu kurz bemessen. Der Vorstand könnte bis zur HV keine ernsthaften Verhandlungen mit Interessenten führen. Nach der HV hätte er nur noch wenige Tage Zeit, um mit dem von den Aktionären bestimmten Interessenten zu verhandeln und bis zum Ablauf der Frist dem veräußerungswilligen Aktionär per eingeschriebenen (zugangsbefähigten)<sup>36</sup> Brief den Ersatzerwerber bekannt zu machen. Wäre man der Ansicht, dass die HV zuständig ist, dann würde man dem Gesetzgeber unterstellen, eine völlig impraktikable Regelung zu treffen. Zumindest wenn mehrere Auslegungsvarianten bestehen, ist solch eine Auslegung im Zweifel abzulehnen.

Aus den genannten Gründen besteht in der AG eine zwingende Zuständigkeit des Vorstands für die Entscheidung, ob und gegebenenfalls wer als Ersatzerwerber zu benennen ist. Diese Zuständigkeit kann auch nicht mittels Satzungsbestimmung auf die HV übertragen werden. Dass der OGH<sup>37</sup> für nicht-börsennotierte Gesellschaften eine größere Satzungsautonomie anerkannt hat, ändert daran nichts.

Einer Zustimmung anderer Organe bedarf es nicht, weder zur Entscheidung, ob ein Ersatzerwerber benannt wird, noch zur Person des Ersatzerwerbers. Das gilt auch dann, wenn für die Zustimmung zur Übertragung von der Öffnungsklausel des § 62 Abs 2 AktG Gebrauch gemacht wurde. Wie bereits erwähnt, enthält § 62

Abs 3 AktG keine vergleichbare Öffnungsklausel, weshalb die Entscheidung über die Benennung des Ersatzerwerbers allein dem Vorstand zukommt. Die Benennung des Ersatzerwerbers ist keine Geschäftsführungsmaßnahme,<sup>38</sup> weil die Entscheidung, ob bzw wer als Ersatzerwerber benannt wird, keine unmittelbaren Auswirkungen auf die Geschäfte der Gesellschaft hat, sondern allein die Zusammensetzung des Aktionärskreises betrifft. Daher besteht auch kein Zustimmungsrecht des Aufsichtsrats nach § 95 Abs 5 AktG.<sup>39</sup>

### 3. Entscheidungskriterien bei der Auswahl des Ersatzerwerbers

Der für die Auswahl zwingend zuständige Vorstand der AG hat bei dieser Entscheidung grundsätzlich ein freies Ermessen. Bei der Auswahl des Ersatzerwerbers gilt der allgemeine Sorgfaltsmaßstab gem § 70 Abs 1 iVm § 84 AktG, sodass der Vorstand das Wohl des Unternehmens und die Interessen der Aktionäre, der Arbeitnehmer sowie das öffentliche Interesse miteinander in Einklang zu bringen hat, wobei das Unternehmenswohl – gemeint ist die Sicherung und Stärkung der dauerhaften Rentabilität und damit des Bestands des Unternehmens – wohl den Vorrang genießt.<sup>40</sup> Insbesondere hat sich der Vorstand an den durch die Satzung vorgegebenen Zweck der Vinkulierung zu halten. Eine Einschränkung folgt ferner aus § 62 Abs 3 AktG, sodass der Vorstand nur solche Ersatzerwerber benennen darf, bei denen das Gericht die Übertragung genehmigen würde, weil „kein wichtiger Grund für die Verweigerung der Zustimmung vorliegt und die Übertragung ohne Schädigung der Gesellschaft, der übrigen Aktionäre und der Gläubiger erfolgen kann“.

Es können auch mehrere Personen als Ersatzerwerber benannt werden, sofern die Ersatzerwerber gemeinsam bereit sind, die Aktien zu den gleichen Bedingungen zu erwerben wie der vom Gericht bewilligte Erwerber.

In der nicht-börsennotierten AG ist es zulässig, für den Fall der gerichtlichen Genehmigung einer Aktienveräußerung ein Aufgriffsrecht zugunsten der Altaktionäre in der Satzung zu verankern.<sup>41</sup> Dann hat der Vorstand entsprechend der Satzung den Altaktionären die Aktien zur Ausübung des Aufgriffsrechts anzubieten. Enthält die Satzung keine Regelung des Aufgriffspreises, kann das Aufgriffsrecht nur ausgeübt werden, wenn die Aktien zu denselben Bedingungen wie der vom Gericht genehmigte Erwerber aufgegriffen werden.

Ohne Vereinbarung in der Satzung besteht aber entgegen verbreiteter Ansicht kein generelles Bezugsrecht der Altaktionäre gem § 153 AktG (analog), weil mit

Rechtsfolgen der Umgehung, GES 2008, 136 (138); Weismann, Übertragungsbeschränkungen 122; aA Reich-Rohrwig, ecolex 1994, 757 („zur freien Veräußerung berechtigt“).

<sup>36</sup> Schopper in Gruber/Harrer, GmbHG<sup>2</sup> § 77 Rz 9.

<sup>37</sup> OGH 8. 5. 2013, 6 Ob 28/13f GesRZ 2013, 212 (krit Schopper).

<sup>38</sup> Allgemein zum Begriff der Geschäftsführung Schopper/Walch in Zib/Dellinger, UGB § 114 Rz 20ff.

<sup>39</sup> Vgl dazu allgemein Eckert/Schopper in Artmann/Karollus, AktG<sup>6</sup> § 95 Rz 37ff.

<sup>40</sup> J. Reich-Rohrwig in Artmann/Karollus, AktG<sup>6</sup> § 70 Rz 83.

<sup>41</sup> OGH 8. 5. 2013, 6 Ob 28/13f GesRZ 2013, 212 (krit Schopper).



der Übertragung der Aktien an den Ersatzerwerber kein Verwässerungseffekt verbunden ist.<sup>42</sup> Die absoluten Beteiligungsquoten der Altaktionäre verändern sich mangels Kapitalerhöhung nicht. Die relativen Beteiligungsquoten werden nur dann verschoben, wenn der Ersatzerwerber aus dem Kreis der Altaktionäre stammt. In diesem Fall hat der Vorstand § 47 a AktG zu beachten (dazu sogleich). Dass auch der gleichmäßige Ausschluss aller Altgesellschafter vom Bezugsrecht nach der Rsp nicht schrankenlos möglich ist, steht dem nicht entgegen.<sup>43</sup> Anders als die Veräußerung der Aktien an einen Ersatzerwerber führt der gleichmäßige Bezugsrechtsausschluss bei einer Kapitalerhöhung nämlich zu einer Verwässerung der Altaktionäre. Der entscheidende Unterschied liegt also darin, dass bei einer Übertragung an den Ersatzerwerber ein Aktionär durch einen anderen Aktionär ersetzt wird, während bei einer Kapitalerhöhung mit Bezugsrechtsausschluss ein neuer Aktionär hinzukommt und die Beteiligungen der Altaktionäre dadurch verwässert werden.

Im Verhältnis zu den Altaktionären hat der Vorstand bei der Auswahl des Ersatzerwerbers § 47 a AktG zu beachten. Das Gleichbehandlungsgebot schränkt das freie Ermessen des Vorstands aber nur dann ein, wenn zumindest ein bestehender Aktionär als Ersatzerwerber benannt werden soll. Einzelne Altaktionäre dürfen grundsätzlich nicht als (direkte oder indirekte) Ersatzerwerber namhaft gemacht werden, sofern diese Ungleichbehandlung nicht ausnahmsweise sachlich gerechtfertigt ist. Wendet man die von der Rsp und L entwickelten Grundsätze an, dann ist eine Ungleichbehandlung nur zulässig, wenn sie zur Interessenverfolgung geeignet und erforderlich ist, nicht über das hinausgeht, was zur Zielerreichung unbedingt erforderlich ist (Grundsatz des gelindesten Mittels), und die Beeinträchtigung der Position der übrigen Aktionäre in einem angemessenen Verhältnis zur Interessenverfolgung steht (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz). Dabei hat § 47 a AktG gerade im Zusammenhang mit einem Bezugsrechtsausschluss und der Veräußerung eigener Aktien gem § 65 Abs 1 b AktG – also vor allem Situationen, in denen die Gefahr der Verwässerung besteht – besondere Bedeutung.<sup>44</sup>

Will der Vorstand also einen bestimmten Aktionär als Ersatzerwerber benennen und ist die damit verbundene Ungleichbehandlung der übrigen Aktionäre sachlich nicht gerechtfertigt, dann hat der Vorstand aufgrund des Gleichbehandlungsgebots allen Aktionären der Gesellschaft (mit Ausnahme des veräußerungswilligen Aktionärs) die Möglichkeit einzuräumen, die Aktien entsprechend ihrer Beteiligung zu erwerben. Dabei wird

der Vorstand alle Aktionäre über die konkreten Bedingungen des Erwerbs zu informieren und den Aktionären ausreichend „Bedenkzeit“ bzw Zeit zur Einholung allenfalls erforderlicher Zustimmungsbeschlüsse einzuräumen haben, wobei insgesamt natürlich die in § 62 Abs 3 AktG vorgesehene Frist von einem Monat ab Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung nicht überschritten werden darf.

#### 4. Übertragung der Aktie „zu den gleichen Bedingungen“

§ 62 Abs 3 AktG verlangt, dass der von der Gesellschaft benannte Ersatzerwerber die Aktien „zu den gleichen Bedingungen“ erwirbt wie der vom Gericht genehmigte Erwerber.<sup>45</sup>

Die Bestimmung verfolgt primär den Zweck, die Interessen des veräußerungswilligen Aktionärs zu schützen. Dabei sind aber nur die Interessen an den Konditionen des Aktienverkaufs geschützt, nicht aber irgendwelche Interessen des veräußerungswilligen Aktionärs, die mit der Person des gerichtlich genehmigten Erwerbers zusammenhängen. Nach der eindeutigen Wertung des § 62 Abs 3 AktG soll nicht der Aktionär, sondern die Gesellschaft (vertreten durch den Vorstand) das Recht haben, die Letztentscheidung über die Person des Erwerbers zu treffen. Bedingungen, die rechtlich oder tatsächlich nur vom ursprünglich geplanten Erwerber erfüllt werden können, nicht aber von einem Dritten, sind rein personenbezogen und daher jedenfalls auszunehmen, weil ansonsten das Recht der AG zur Benennung eines Ersatzerwerbers ausgehebelt wird. Beim Erwerb zu den gleichen Bedingungen geht es nicht darum, dass der zwischen dem veräußerungswilligen Aktionär und dem ursprünglich geplanten Erwerber abgeschlossene Aktienkaufvertrag „1 zu 1“ auch mit dem Ersatzerwerber in dem Sinne abgeschlossen wird, dass nur die Person des Erwerbers gegen den Ersatzerwerber ausgetauscht wird. Denkbar ist beispielsweise, dass der gerichtlich genehmigte Erwerber eine AG ist, der Ersatzerwerber aber eine natürliche Person (oder umgekehrt), und der Vertrag irgendwelche Zusicherungen enthält, die auf die entsprechende Rechtsform abstellen (zB Genehmigung durch den Aufsichtsrat). Irrelevant wäre für § 62 Abs 3 Satz 3 AktG auch, wenn der ursprüngliche Erwerber behördliche Genehmigungen erbringen hätte müssen, die vom Ersatzerwerber nicht eingeholt werden können oder beim Erwerb durch die

<sup>42</sup> Anders noch Schopper in Gruber/Harrer, GmbHG<sup>2</sup> § 76 Rz 8; Reich-Rohrwig, eolex 1994, 757 (758 f); Schmidberger in Kalss/Rüffler, Satzungsgestaltung in der GmbH 93 (98); Koppensteiner/Rüffler, GmbHG<sup>3</sup> § 77 Rz 5.

<sup>43</sup> So aber Reich-Rohrwig, eolex 1994, 757 (758 f).

<sup>44</sup> Artmann/Karollus in Artmann/Karollus, AktG I<sup>6</sup> § 47 a Rz 9 f.

<sup>45</sup> Wurde der Kaufpreis des gerichtlich genehmigten Erwerbers kreditiert, gilt dies auch für den Ersatzerwerber. Fraglich könnte sein, ob eine Sicherstellung zu leisten ist (vorsichtig dafür Reich-Rohrwig, eolex 1994, 757 [760]; iZm dem Vorkaufsrecht Binder/Spitzer in Schwimann/Kodek, ABGB<sup>4</sup> § 1075 Rz 8), was aber nach zutr Ansicht nur in Betracht kommt, wenn der Ersatzerwerber über eine wesentlich schlechtere Bonität verfügt (vgl Rauter in Straube/Ratka/Rauter, Wiener Kommentar zum GmbHG § 77 Rz 34; unscharf noch Schopper in Gruber/Harrer, GmbHG<sup>2</sup> § 77 Rz 10).

sen gar nicht notwendig sind (zB zusammenschlussrechtliche Freigaben, Ausländergrundverkehr etc).

Basis für den Vergleich können außerdem von vornherein nur die Bedingungen sein, die der veräußerungswillige Aktionär ursprünglich bei der (verweigerten) Zustimmung der Gesellschaft zur Aktienübertragung vorgelegt hat. Nur diese Bedingungen waren Gegenstand der Beschlussfassung auf Ebene der AG und Gegenstand der Prüfung im gerichtlichen Außerstreitverfahren.

#### D. Zusammenfassung der Ergebnisse

In der Satzung können die wichtigen Gründe für eine Verweigerung der Zustimmung zur Übertragung vinkulierter Namensaktien (taxativ) festgelegt werden, was aus Rechtssicherheitsgründen durchaus zu empfehlen ist. Die statutarische Festlegung der wichtigen Gründe für die Zustimmungsverweigerung ist ebenso wie die Festlegung des Vinkulierungszwecks grundsätzlich eine privatautonome Entscheidung der Aktionäre. Weder aus dem Wortlaut „wichtiger Grund“ gem § 62 Abs 2 und 3 AktG noch aus sonstigen Bestimmungen des Aktienrechts lässt sich ein halbwegs nachvollziehbarer ob-

jektiver Maßstab ableiten, wonach bestimmte Umstände von vornherein nicht als wichtiger Grund in die Satzung aufgenommen werden dürfen. Schranken für die insoweit bestehende Satzungsautonomie können sich aus anderen Rechtsgebieten bzw allgemeinen Sittenwidrigkeitserwägungen ergeben.

In der AG besteht eine zwingende Zuständigkeit des Vorstands für die Entscheidung, ob und gegebenenfalls wer als Ersatzerwerber zu benennen ist (§ 62 Abs 3 Satz 3 AktG). Diese Zuständigkeit kann auch nicht mittels Satzungsbestimmung auf die HV übertragen werden. Der Vorstand hat bei dieser Entscheidung grundsätzlich ein freies Ermessen, wobei der allgemeine Sorgfaltsmaßstab gem § 70 Abs 1 iVm § 84 AktG gilt und er bei der Entscheidung den in der Satzung verankerten Vinkulierungszweck sowie die aus § 62 Abs 3 AktG folgenden Beschränkungen zu beachten hat.

#### Über den Autor:

Univ.-Prof. Dr. Alexander Schopper ist Vorstand des Instituts für Unternehmens- und Steuerrecht der Universität Innsbruck.