Zur Barabfindung bei der grenzüberschreitenden Umwandlung gemäß EU-UmgrG

HEINRICH FOGLAR-DEINHARDSTEIN / JAKOB HARTIG*

Bei der grenzüberschreitenden Umwandlung (Sitzverlegung) steht den dissentierenden Anteilseignern das Recht auf Austritt gegen angemessene Barabfindung zu. Der vorliegende Beitrag behandelt ausgewählte Rechtsfragen, die sich idZ stellen.

I. Unionsrechtliche Grundlage

Für die grenzüberschreitende Umwandlung (Sitzverlegung) gibt Art 86i der Gesellschaftsrechtsrichtlinie[1] den Mitgliedstaaten zum Schutz der (Minderheits-)Gesellschafter vor, dass mindestens jenen Gesellschaftern einer Gesellschaft, die gegen die Zustimmung zum Umwandlungsplan gestimmt haben, das Recht zukommen muss, ihre Anteile gegen Zahlung einer angemessenen Barabfindung zu veräußern. Dabei sind die Mitgliedstaaten ermächtigt, vorzuschreiben, dass 1.) die ausdrückliche Ablehnung des Plans für die grenzüberschreitende Umwandlung, 2.) die Absicht der Gesellschafter, ihr Recht auf Veräußerung ihrer Anteile auszuüben, oder 3.) beides spätestens in der Gesellschafterversammlung (gem Art 86h der Gesellschaftsrechtsrichtlinie) angemessen dokumentiert wird. Die Mitgliedstaaten können idZ zulassen, dass der Widerspruch zu Protokoll bezüglich des Plans für die grenzüberschreitende Umwandlung als ordnungsgemäße Dokumentation einer negativen Stimmabgabe gilt.

Gem Art 86i Abs 5 der Gesellschaftsrechtsrichtlinie haben die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass für die Rechte nach Art 86i der Gesellschaftsrechtsrichtlinie das Recht des Wegzugsmitgliedstaates maßgebend ist und dass die ausschließliche Zuständigkeit zur Beilegung von Streitigkeiten iZm diesen Rechten im Wegzugsmitgliedstaat liegt.[2] Daraus folgt, dass der österreichische Gesetzgeber für die Festlegung des Rechts auf Austritt gegen Barabfindung nur, aber immerhin im Falle der Export-Umwandlung aus Österreich hinaus zuständig ist.[3] Demgegenüber liegt die korrespondierende Kompetenz für die Konstellation der Import-Umwandlung nach Österreich herein beim Gesetzgeber des jeweiligen Wegzugsmitgliedstaates.[4]

II. Barabfindung und Austrittsrecht bei der Export-Umwandlung

1. Inhalt und Zweck von § 17 EU-UmgrG

§ 17 EU-UmgrG setzt für den Fall der Export-Umwandlung (Export-Sitzverlegung) Art 86i Abs 1 bis 3 der Gesellschaftsrechtsrichtlinie ins österreichische Recht um. Bei der Umsetzung wurde ausweislich der Materialien grundsätzlich das Regelungskonzept des früheren § 10 EU-VerschG übernommen.[5]

Durch § 17 EU-UmgrG wird anlässlich einer Export-Umwandlung den dissentierenden Minoritären eine Ausstiegsmöglichkeit im Wege eines Andienungsrechts gewährt: Jenen Anteilseignern, die mit einer Export-Umwandlung nicht einverstanden sind, wird die Option eingeräumt, aus der Gesellschaft auszutreten, wobei der Austritt durch Veräußerung der Anteile des austrittswilligen Anteilseigners gegen angemessene Barabfindung erfolgt (Abs 1 und 2 leg cit).[6] Die Barabfindungsansprüche sind aufschiebend bedingt mit der „*Eintragung der Umwandlung*" (Abs 2 leg cit)[7] und grundsätzlich im Zuge des Umwandlungsvorgangs vorab sicherzustellen (Abs 2 und 3 leg cit).[8] Alternativ zum Austritt gewährt das Gesetz einem dissentierenden Anteilseigner auch das Recht, seine Anteile anderweitig zu veräußern, ohne dabei durch allfällige satzungsmäßige Verfügungsbeschränkungen blockiert zu sein (Abs 4 leg cit).[9]

§ 17 EU-UmgrG manifestiert ein umgründungsbedingtes Austrittsrecht. Durch ein derartiges Recht auf Sell-out soll dem jeweiligen Anteilseigner ermöglicht werden, im Zuge einer Umgründung, die den Gehalt seiner bisherigen Mitgliedschaftsrechte fundamental modifiziert (bei der Export-Sitzverlegung sogar durch Änderung der anwendbaren nationalen Rechtsordnung), seine Beteiligung gegen baren Wertausgleich abstoßen zu können (Exit). Der Zweck des Austrittsrechts ist also der Schutz der Minderheit gegen Eingriffe in die Mitgliedschaftsrechte durch Mehrheitsbeschluss.[10] Folgt aus der Natur einer Umgründung kein solcher Eingriff (zB innerösterreichische Verschmelzung einer GmbH auf eine andere GmbH), sieht das Gesetz auch kein derartiges Austrittsrecht vor.

Fällt eine Umgründung nicht in den Anwendungsbereich einer Bestimmung, die eine Möglichkeit für einen Sell-out anordnet, ist es unzulässig, aus Anlass der Umgründung ein Recht auf Austritt gegen eine von den umgründungsbeteiligten Kapitalgesellschaften zu gewährende Barabfindung einzuräumen; dies wäre nämlich ein Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr gem §§ 52 ff AktG bzw §§ 82 und 83

---

* Mag. *Heinrich Foglar-Deinhardstein*, LL.M. und Mag. *Jakob Hartig*, LL.M. sind Partner einer Rechtsanwaltsgesellschaft in Wien und schwerpunktmäßig mit Gesellschafts- und Stiftungsrecht, (internationalen) Umstrukturierungen und M&A befasst.

1 Richtlinie (EU) 2017/1132 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14.6.2017 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts, ABl L 169 vom 30.6.2017, S 46, idF der Richtlinie (EU) 2019/2121 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.11.2019 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 in Bezug auf grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen, ABl L 321 vom 12.12.2019, S 1.

2 Siehe Pkt II.8.

3 Siehe Pkt II.

4 Siehe Pkt III.

5 ErlRV 2028 BlgNR 27. GP, 7.

6 Siehe Pkt II.4.3., II.4.5. und II.5.

7 Siehe Pkt II.4.5.3. und II.6.

8 Siehe Pkt II.7.

9 Siehe Pkt II.4.4. und II.9.

10 *H. Foglar-Deinhardstein* in *H. Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG² (2024) § 81 Rz 25.

GmbHG.[11] Ist hingegen gesetzlich ein Austrittsrecht vorgesehen, ermöglichen die Regelungen von § 65 Abs 1 Z 5 AktG, § 81 Satz 3 GmbHG und § 15 Abs 1 Z 3 FlexKapGG als supplementäre Normen grundsätzlich den Erwerb der abgestoßenen (eigenen) Anteile durch die umgründungsbeteiligten Gesellschaften selbst und legitimieren damit dem Grunde nach die ansonsten – in einem Erwerb eigener Anteile bestehende – an sich verbotene Einlagenrückgewähr.[12]

Um das Recht auf Austritt gegen Barabfindung gem § 17 EU-UmgrG in Anspruch nehmen zu können, muss der Anteilseigner 1.) in der über die Umwandlung beschließenden Anteilseignerversammlung Widerspruch zu Protokoll erklären und 2.) seine Beteiligung für eine gesetzliche Mindestbehaltedauer halten (Abs 1 leg cit). Das Erfordernis des Widerspruchs dient der Planbarkeit für die beteiligten Rechtsträger;[13] das Erfordernis des durchgängigen Anteilsbesitzes hat den Zweck, einem nachträglichen spekulativen Anteilserwerb zum bloßen Zweck der Teilnahme an einem Nachprüfungsverfahren gem § 19 EU-UmgrG entgegenzuwirken.[14]

2. Rechtsnatur und Kollisionsrecht

2.1. Rechtsnatur des Rechts auf Austritt gegen Barabfindung

§ 17 EU-UmgrG normiert zwingend[15] ein abstraktes gesetzliches Recht für jeden Anteilseigner, anlässlich einer grenzüberschreitenden Umwandlung (Sitzverlegung) seine Beteiligung gegen baren Wertausgleich durch einen gesetzlich determinierten Vertrag abstoßen zu können.[16] Zur Umsetzung dieses abstrakten Rechts hat der Umwandlungsplan ein konkretes verbindliches Barabfindungsangebot der Gesellschaft oder eines Dritten zu enthalten (§ 10 Abs 1 Z 9 EU-UmgrG).[17] Dieses Angebot kann der einzelne Anteilseigner durch Ausübung seines Austrittsrechts (Gestaltungsrecht) annehmen oder durch Verbleib in der umgewandelten Gesellschaft implizit ausschlagen. Jeder Gesellschafter kann auch explizit auf sein Recht auf Austritt gegen Barabfindung verzichten (§ 17 Abs 1 und 3 EU-UmgrG).[18]

Bei einem durch eine Export-Umwandlung allenfalls herbeigeführten Delisting besteht gem § 21 Abs 5 EU-UmgrG die Pflicht eines vorgelagerten Übernahmeangebots. Diese Möglichkeit zur Ausübung eines kapitalmarktrechtlichen Austrittsrechts beim kalten Delisting tritt nach hA neben das gesellschaftsrechtliche Recht auf Sell-out gem § 17 EU-UmgrG (doppeltes Austrittsrecht, strittig).[19] Auf Basis von § 65 Abs 1 Z 5 oder Z 8 AktG kann das Delisting-Übernahmeangebot uE auch von der Gesellschaft selbst gestellt werden.[20] Der Preis aus einem der Umwandlung vorgeschalteten oder parallel dazu laufenden Delisting-Übernahmeangebot bildet uE keine absolute Untergrenze für die Barabfindung.[21]

Durch Annahme des Barabfindungsangebots (Ausübung des Gestaltungsrechts) kommt ein Rechtsgeschäft zustande,[22] wobei innerhalb dieses Rechtsgeschäfts zwischen dem Anspruch auf Zahlung einer angemessenen Barabfindung einerseits und der Verpflichtung auf Übertragung der Anteile des ausscheidenden Anteilseigners andererseits zu unterscheiden ist.[23] Das Rechtsgeschäft über Auszahlung der Barabfindung Zug um Zug gegen Hingabe der Beteiligung des austretenden Anteilseigners ist gesamthaft der Mechanismus, den das Gesetz zur konkreten Implementierung des abstrakten gesetzlichen Austrittsrechts vorschreibt.[24] Der Steller des Barabfindungsangebots, der im Falle der Annahme dem austretenden Minoritär die Barabfindung schuldet, kann (muss aber nicht) mit dem Erwerber der Beteiligung des austretenden Anteilseigners identisch sein.[25]

Der Vollzug des Austritts durch Leistung der Barabfindung gegen Übertragung der Beteiligung erfolgt uE (unmittelbar) nach Eintritt der Rechtswirkungen der Sitzverlegung, sodass die Anteilseigner noch kurz Anteilseigner der umgewandelten – nunmehr ausländischen – Gesellschaft werden (strittig).[26] Demgegenüber wird in der Literatur teilweise das automatische Ausscheiden mit Wirksamwerden der Umwandlung postuliert, sodass die Austretenden nicht mehr Anteilseigner der ausländischen Gesellschaft würden. Gegen diese Sicht spricht allerdings, dass § 17 EU-UmgrG – anders als § 340 Abs 4 dUmwG – keine gesetzliche Anordnung eines solchen automatischen Ausscheidens enthält. Art 86i Abs 5 iVm Art 86r lit b der Gesellschaftsrechtsrichtlinie und auch § 25 Z 2 EU-UmgrG legen eine dahin gehende Regelung (wie § 340 Abs 4 dUmwG) zwar nahe, erzwingen eine solche Norm

[11] Zum Verbot der Umgründung gegen Geld *H. Foglar-Deinhardstein* in *H. Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG², § 82 Rz 104.

[12] Siehe Pkt II.3., III.2. und III.3.

[13] *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG (2024) § 17 Rz 24 und 31.

[14] *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 33; vgl auch *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³ (2021) § 225c AktG Rz 30; *Eckert/Schopper/Wöss* in *Eckert/Schopper*, AktG-ON (2021) § 225c Rz 13; siehe Pkt II.4.1.1.

[15] *Brogyányi/Burian-Kerbl* in *Rieder/Potyka*, EU-UmgrG (2023) § 17 Rz 5; *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 6.

[16] *H. Foglar-Deinhardstein/Feldscher*, Leben mit der Unschärfe – OGH entlastet das Nachprüfungsverfahren, NZ 2022, 165 (175); *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 7 und 52; vgl auch *Obradović* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 40 Rz 7 und 41.

[17] Siehe Pkt II.4.3.

[18] Siehe Pkt II.4.1.2.

[19] *Fidler* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 21 Rz 45; *Talos/Rericha* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 33 Rz 24; *Rericha* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 42 Rz 65; *Diregger/Eigner*, Das freiwillige Delisting vom Amtlichen Handel, ÖBA 2018, 850 (868); *Edelmann/Winner*, Das Delisting nach dem BörseG 2018, ZFR 2017, 375 (381); *Zollner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ (2021) § 240 Rz 23; *H. Foglar-Deinhardstein*, Wurde das kalte Delisting kaltgestellt? NZ 2017, 321 (333); *H. Foglar-Deinhardstein/Feldscher*, NZ 2022, 170; aA und sich dafür aussprechend, dass das Sell-out-Recht nach § 244 AktG durch das kapitalmarktrechtliche Austrittsrecht konsumiert wird, *Eckert/Schopper/Dobrijević* in *Eckert/Schopper*, AktG-ON, § 244 Rz 17; *A. Wimmer*, Neues zum Delisting von Gesetzgeber und OGH, ÖBA 2017, 678 (687); *Ettmayer* in *Rastegar/Rastegar/Rastegar*, FlexKapGG-ON (2024) § 26 Rz 111.

[20] *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³, § 65 Rz 46; *Diregger/Eigner*, ÖBA 2018, 859; *Obradović*, Ausgewählte Rechtsfragen zum Delisting nach dem BörseG 2018, GesRZ 2018, 214 (217); *H. Foglar-Deinhardstein* in *Napokoj/H. Foglar-Deinhardstein/Pelinka*, AktG (2020) § 65 Rz 28; *H. Foglar-Deinhardstein/Feldscher* in *Adensamer/Mitterecker*, Gesellschafterstreit (2021) Rz 11/52; aA *Karollus* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ (2019) § 65 Rz 38.

[21] Siehe Pkt II.5.2.

[22] *H. Foglar-Deinhardstein/Feldscher*, NZ 2022, 175; *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 7 und 52; vgl auch *Obradović* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 40 Rz 6 f; *Eckert* in *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³, § 10 EU-VerschG Rz 5.

[23] *Brogyányi/Burian-Kerbl* in *Rieder/Potyka*, EU-UmgrG, § 17 Rz 15.

[24] *H. Foglar-Deinhardstein/Feldscher*, NZ 2022, 175; *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 14 und 52 sowie § 57 Rz 12, 18 und 54; vgl auch *Obradović* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 40 Rz 7 und 41; siehe Pkt II.4.5.

[25] *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³, § 9 SpaltG Rz 15; *H. Foglar-Deinhardstein* in *H. Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG², § 81 Rz 27; *ders* in *Rastegar/Rastegar/Rastegar*, FlexKapGG-ON, § 15 Rz 60; *H. Foglar-Deinhardstein/Trettnak*, Erwerb eigener Aktien bei der Barabfindung anlässlich der (grenzüberschreitenden) Verschmelzung, RWZ 2014, 7 (7 FN 8); so implizit wohl auch *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 48; siehe Pkt II.3.1., II.4.3. und II.4.4.

[26] *Brogyányi/Burian-Kerbl* in *Rieder/Potyka*, EU-UmgrG, § 17 Rz 15 f; *Herzog*, Die Umsetzung der Mobilitätsrichtlinie – Wesentliche Neuerungen, Streitfragen und Kritikpunkte, GES 2023, 3 (7); vgl auch *Eckert* in *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³, § 10 EU-VerschG Rz 36; *Obradović* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 40 Rz 6, 11 und 85; aA (automatisches Ausscheiden mit Wirksamwerden der Umwandlung, sodass die Austretenden nicht mehr Anteilseigner der ausländischen Gesellschaft werden) *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 11 und 75; *Hechenblaickner*, Grenzüberschreitende Verlegungen des Satzungssitzes von Kapitalgesellschaften, NZ 2023, 388 (394); siehe Pkt II.2.2., II.3.2., II.4.4. und II.4.5.3.

aber uE nicht.[27] Art 86r lit b der Gesellschaftsrechtsrichtlinie und § 25 Z 2 EU-UmgrG können nämlich auch als bloß klarstellende Regelungen für Fälle verstanden werden, in denen der Austritt bereits vor Wirksamwerden der Umgründung komplettiert worden ist.[28] Der Wortlaut von § 17 EU-UmgrG lässt die gesetzliche Anordnung eines automatischen Ausscheidens nicht erkennen; eine solche Anordnung war auch nicht beabsichtigt, weil ausweislich der Materialien das Regelungskonzept von § 10 EU-VerschG übernommen werden sollte. Dass die Regelungskompetenz für die Wirksamkeit des Verlustes der Gesellschafterstellung beim Zuzugsstaat liege,[29] wurde vom deutschen Gesetzgeber offenbar gerade nicht so gesehen, weil es sonst keine Regelungskompetenz für § 340 Abs 4 dUmwG gäbe.

2.2. Kollisionsrechtliche Einordnung

Wie erwähnt, ist zwischen dem Anspruch des austretenden Anteilseigners auf Zahlung der Barabfindung und seiner Verpflichtung zur Übertragung seiner Beteiligung zu unterscheiden.[30] Diese Unterscheidung ist auch kollisionsrechtlich relevant:

Der Barabfindungsanspruch unterliegt bei der Export-Sitzverlegung, unabhängig davon, ob er sich gegen die Gesellschaft oder gegen einen Dritten richtet,[31] uE zwingend österreichischem Recht (teilweise strittig).[32] Daran ändert sich auch nichts, wenn die Gesellschaft Barabfindungsschulderin ist und es im Zuge der Durchführung der Sitzverlegung zum Statutenwechsel für die Gesellschaft kommt: Der betroffene Anteilseigner hat durch die Annahme des Barabfindungsangebots bereits vor Wirksamwerden der Sitzverlegung und damit vor dem Statutenwechsel einen (durch § 17 Abs 2 Satz 2 EU-UmgrG bedingten) Anspruch erworben, der sich nicht mehr ändert; die korrespondierenden Verpflichtungen verbleiben bis zu ihrer Erfüllung unverändert – und somit österreichischem Recht unterstehend – bei der Gesellschaft.

Demgegenüber richtet sich die Frage, ob und wie ein Erwerb der Beteiligung des ausscheidenden Anteilseigners durch den vorgesehenen Erwerber rechtlich möglich ist, einerseits hinsichtlich der einzuhaltenden Formvorschriften und Übertragungsvoraussetzungen nach dem auf die zu übertragenden Anteile zum Zeitpunkt der Übertragung anwendbaren Recht[33] und andererseits hinsichtlich der vom Erwerber selbst einzuhaltenden Voraussetzungen (insb zur Kapitalerhaltung und zum Erwerb eigener Anteile) nach dem Personalstatut des präsumtiven Erwerbers (strittig).[34] Ist die Gesellschaft selbst als Erwerber vorgesehen, ist für die vom Erwerber einzuhaltenden Anforderungen uE prinzipiell das Recht des Zuzugsstaates relevant,[35] weil der Erwerb grundsätzlich ja erst nach Wirksamwerden der Sitzverlegung stattfindet (strittig).[36] Österreichisches Recht ist uE (nur) dann relevant, wenn der Erwerb der Anteile einvernehmlich noch vor Wirksamkeit der Sitzverlegung durchgeführt werden kann.[37]

3. Kapitalerhaltungsrechtliche Schranken

3.1. Grundlagen

§ 17 EU-UmgrG sieht vor, dass das Barabfindungsangebot von der Gesellschaft oder einem Dritten gestellt werden kann. Implizit folgt daraus, dass auch der Erwerb der abzustoßenden Beteiligungen grundsätzlich durch die Gesellschaft oder einen Dritten erfolgen kann, wobei – wie erwähnt – Barabfindungsschuldner und Erwerber der Anteile identisch sein können, aber nicht müssen.[38] Für die Leistung der Barabfindung ist § 17 EU-UmgrG selbst die gesetzliche Grundlage, die als Ausnahme vom Verbot der Einlagenrückgewähr gem §§ 52 ff AktG bzw §§ 82 und 83 GmbHG zu qualifizieren ist.[39] Um den Erwerb der Anteile der ausscheidenden Anteilseigner durch die Gesellschaft (oder ein Tochterunternehmen, soweit dies in Hinblick auf das Verbot der Einlagenrückgewähr zulässig sein kann) rechtlich dem Grunde nach zu legitimieren, würden nach österreichischem Recht die Regelungen von § 65 Abs 1 Z 5 AktG, § 81 Satz 3 GmbHG und § 15 Abs 1 Z 3 FlexKapGG das gesetzliche Gegenstück zum Austrittsrecht bilden.[40] Dadurch würde nach österreichischem Recht der Erwerb eigener Anteile im Falle der Entschädigung austretender Minderheitsgesellschafter unter Einhaltung gewisser Voraussetzungen[41] ermöglicht.[42] Vorab ist aber zu fragen, ob österreichisches Recht für die kapitalerhaltungsrechtliche Betrachtung des Erwerbs der Anteile durch die Gesellschaft überhaupt einschlägig ist.[43] Gem § 21 Abs 3 Z 2 EU-UmgrG ist in der Anmeldung der beabsichtigten Umwandlung jedenfalls zu erklären, dass die Anteile der austrittswilligen Gesellschafter entsprechend den gesetzlichen Bestimmungen übernommen werden können.

3.2. Standardregelung

Nach der hier vertretenen Ansicht werden die austretenden Anteilseigner noch kurz Mitglieder der umgewandelten –

[27] *Herzog*, GES 2023, 7; *Stelmaszczyk* in BeckOGK UmwG, § 327 Rz 42; aA *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 11 und 75; *Fidler* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 25 Rz 13.

[28] Siehe Pkt II.3.3., III.2. und III.3.

[29] So *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 48 und 75.

[30] Siehe Pkt II.2.1.

[31] Siehe Pkt II.2.1. und II.4.3.

[32] Vgl Art 86i Abs 5 der Gesellschaftsrechtsrichtlinie; *Hechenblaickner*, NZ 2023, 394; *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 19 Rz 8; vgl auch *Eckert* in *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung[3], § 10 EU-VerschG Rz 5; *Obradović* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 40 Rz 76; *H. Foglar-Deinhardstein* in *H. Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG[2], § 81 Rz 31; *ders* in *Rastegar/Rastegar/Rastegar*, FlexKapGG-ON, § 15 Rz 65; *J. Schmidt* in *Lutter*, UmwG[7] (2024) § 340 Rz 49; teilweise aA (bei einem Dritten, der die Barabfindung schuldet, idR Anwendung seines Personalstatuts) *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 13 und 45; *Obradović* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 40 Rz 29; siehe Pkt II.4.4.

[33] Siehe Pkt II.4.4. und III.2.

[34] *Brogyányi/Burian-Kerbl* in *Rieder/Potyka*, EU-UmgrG, § 17 Rz 15; vgl auch *H. Foglar-Deinhardstein* in *H. Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG[2], § 81 Rz 31; *Obradović* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 40 Rz 17 und 86 f; *Klett* in BeckOGK UmwG, § 313 Rz 37; aA (österreichisches Recht anwendbar) *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 13 ff (siehe aber Rz 48 und 77); siehe Pkt II.3.2. und III.2.

[35] *Brogyányi/Burian-Kerbl* in *Rieder/Potyka*, EU-UmgrG, § 17 Rz 15; *Hechenblaickner*, NZ 2023, 394; vgl auch *H. Foglar-Deinhardstein* in *H. Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG[2], § 81 Rz 31; *ders* in *Rastegar/Rastegar/Rastegar*, FlexKapGG-ON, § 15 Rz 65; *Obradović* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 40 Rz 17 und 86 f; *Bayer/J. Schmidt* in *Lutter*, UmwG[7], § 313 Rz 60; *J. Schmidt* in *Lutter*, UmwG[7], § 327 Rz 60 und § 340 Rz 48; ähnlich *Reidt* in *Dauner-Lieb/Leuering/Wilsing*, Kölner Komm UmwG[2] (2024) § 340 Rz 31; aA (österreichisches Recht anwendbar) *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 13 ff (siehe aber Rz 48 und 77).

[36] Siehe Pkt II.2.1., II.3.2., II.4.4. und II.4.5.3.

[37] So auch *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 77; *Hechenblaickner*, NZ 2023, 394; vgl auch *H. Foglar-Deinhardstein* in *H. Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG[2], § 81 Rz 31; *ders* in *Rastegar/Rastegar/Rastegar*, FlexKapGG-ON, § 15 Rz 65; *Obradović* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 40 Rz 25 und 86 f; siehe Pkt II.3.3.

[38] Siehe Pkt II.2.1. und II.4.3.

[39] *H. Foglar-Deinhardstein* in *H. Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG[2], § 81 Rz 24 ff und § 82 Rz 65.

[40] Siehe Pkt II.1.

[41] Siehe Pkt II.3.3.2.

[42] *H. Foglar-Deinhardstein* in *H. Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG[2], § 81 Rz 28.

[43] Siehe Pkt II.3.2. und II.3.3.2.

nunmehr ausländischen – Gesellschaft.[44] Wie erwähnt, richtet sich daher uE die Frage, ob und wie ein Erwerb der Beteiligung des ausscheidenden Anteilseigners rechtlich möglich ist, kapitalerhaltungsrechtlich grundsätzlich nach dem Personalstatut des präsumtiven Erwerbers[45] (strittig).[46] Ist die Gesellschaft selbst als Erwerber vorgesehen, ist somit uE grundsätzlich das Recht des Zuzugsstaates relevant.[47] Die nicht österreichische Rechtsordnung könnte kapitalerhaltungsrechtlich strenger sein als die österreichische[48] und im Extremfall den Erwerb eigener Anteile durch die Gesellschaft gänzlich untersagen. In diesem Fall dürfte uE von vornherein kein Erwerb der Anteile durch die Gesellschaft vorgesehen werden; der Erwerb müsste daher durch einen Dritten erfolgen.[49] Sofern trotzdem nicht dieser dritte Erwerber der Anteile, sondern – nach dem Bild der Gesellschaftsrechtsrichtlinie – die Gesellschaft als Barabfindungsschuldnerin agieren soll, wäre wohl idR zwischen Drittem und Gesellschaft ein Ausgleich zu vereinbaren und durchzuführen. Denkbar wäre aber auch, dass die nicht österreichische Rechtsordnung weniger streng ist als die österreichische und beim Erwerb eigener Anteile einen geringeren Kapitalschutz als die österreichische Rechtsordnung vorsieht. In einem solchen Fall würden die Interessen der Gläubiger der Gesellschaft vom österreichischen Recht durch den vorgelagerten Gläubigerschutz gem § 10 Abs 1 Z 6 und § 20 EU-UmgrG gewahrt. Zum Schutz jener Anteilseigner der Gesellschaft, die nicht austreten, sondern in der Gesellschaft verbleiben, wäre zu überlegen, ob die nach österreichischem Recht bestehende Treuepflicht nachwirken, am Barabfindungsanspruch haften und im Ergebnis zu einer Hemmung des Auszahlungsanspruchs bei Liquiditäts- oder Bestandsgefährdung der Gesellschaft führen könnte.[50] Als alternative Gestaltungsvariante kann der Erwerb eigener Anteile einvernehmlich vor das Wirksamwerden der Sitzverlegung gezogen werden.[51]

3.3. Alternative Gestaltungsvariante

3.3.1. Vorziehen des Erwerbs zwecks Erreichens der Anwendbarkeit österreichischen Rechts

Als alternative Gestaltungsvariante befürworten Praxis und Literatur einen vorgezogenen Erwerb der eigenen Anteile noch vor Wirksamkeit der Sitzverlegung, dh vor Fälligwerden der Barabfindung[52] und unter der auflösenden Bedingung des Scheiterns der Umwandlung.[53] Eine solche einvernehmlich vorgezogene Abwicklung wird nur zulässig sein, wenn sich die Gesellschaft für den Fall einer Rückabwicklung bei Scheitern der Umwandlung mit einer Treuhandkonstruktion gegen das Insolvenzrisiko der austrittswilligen Anteilseigner absichern kann.[54] Ist diese Absicherung möglich, darf der Erwerb der Anteile uE einvernehmlich vorgezogen werden. Dieser vor das Wirksamwerden der Sitzverlegung gezogene Erwerb eigener Anteile durch die Gesellschaft unterliegt noch österreichischem Recht und es ist daher uE in einer solchen Konstellation zulässig und geboten, die kapitalerhaltungsrechtlichen Erwerbsvoraussetzungen nur unter Bezug auf das österreichische Recht (insb § 65 Abs 1 Z 5 AktG; § 81 Satz 3 GmbHG; § 15 Abs 1 Z 3 FlexKapGG) zu prüfen.[55] Nach dem auf die Gesellschaft nach Wirksamkeit der Sitzverlegung anwendbaren Recht ist der Erwerb nicht zu untersuchen, weil der Erwerb ja noch vor dem Wirksamwerden der Umgründung durchgeführt wird. Zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Sitzverlegung hält die Gesellschaft die von den austrittswilligen Anteilseignern übernommenen Beteiligungen bereits als eigene Anteile. Mit Wirksamkeit der Sitzverlegung werden diese idR zu eigenen Anteilen der umgewandelten Gesellschaft gemäß der auf diese nunmehr anwendbaren Rechtsordnung des Zuzugsstaates. Die gläubigerschützende Pflicht zur Bildung der Rücklage für die eigenen Anteile nach österreichischem Recht läuft damit im Ergebnis leer; die Gläubiger der Gesellschaft können sich über den vorgelagerten Gläubigerschutz gem § 10 Abs 1 Z 6 und § 20 EU-UmgrG schützen.[56]

3.3.2. Im Falle der Anwendbarkeit österreichischen Rechts zu beachtende kapitalerhaltungsrechtliche Vorgaben

Wenn die Gesellschaft zwar als Erwerberin ihrer eigenen (voll eingezahlten) Anteile aus dem Austritt agiert, die Barabfindung aber – im wirtschaftlichen Endergebnis – von dritter Seite (und nicht von einem Tochterunternehmen der Gesellschaft) geschuldet und geleistet wird,[57] ist der Erwerb nicht an § 65 Abs 1 Z 5 AktG, § 81 Satz 3 Fall 3 GmbHG oder § 15 Abs 1 Z 3 FlexKapGG zu messen, sondern uE schon nach § 65 Abs 1 Z 2 AktG, § 81 Satz 3 Fall 1 GmbHG oder § 15 Abs 1 Z 1 Fall 1 FlexKapGG (unentgeltlicher Erwerb) zulässig.[58] Ebenso wenig müssen uE § 65 Abs 1 Z 5 AktG, § 81 Satz 3 Fall 3 GmbHG und § 15 Abs 1 Z 3 FlexKapGG bemüht werden, wenn der Erwerb der eigenen Anteile durch Finanzierung aus auszuschüttenden Mitteln (im Wege eines umgekehrten Sachdividendenbeschlusses) gespeist wird (strittig).[59]

---

[44] Siehe Pkt II.2.1., II.2.2., II.4.4. und II.4.5.3.

[45] Siehe Pkt II.2.2.

[46] *Brogyányi/Burian-Kerbl* in *Rieder/Potyka*, EU-UmgrG, § 17 Rz 15; vgl auch *H. Foglar-Deinhardstein* in *H. Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG², § 81 Rz 31; *Obradović* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 40 Rz 17 und 86 f; *Klett* in BeckOGK UmwG, § 313 Rz 37; aA (österreichisches Recht anwendbar) *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 13 ff (siehe aber Rz 48 und 77); *Fidler* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 21 Rz 30; *Rericha* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 42 Rz 53.

[47] *Brogyányi/Burian-Kerbl* in *Rieder/Potyka*, EU-UmgrG, § 17 Rz 15; *Hechenblaickner*, NZ 2023, 394; vgl auch *H. Foglar-Deinhardstein* in *H. Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG², § 81 Rz 31; *ders* in *Rastegar/Rastegar/Rastegar*, FlexKapGG-ON, § 15 Rz 65; *Obradović* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 40 Rz 17 und 86 f; *Bayer/J. Schmidt* in *Lutter*, UmwG⁷, § 313 Rz 60; *J. Schmidt* in *Lutter*, UmwG⁷, § 327 Rz 60 und § 340 Rz 48; ähnlich *Reidt* in Kölner Komm UmwG², § 340 Rz 31; aA (österreichisches Recht anwendbar) *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 13 ff (siehe aber Rz 48 und 77); *Fidler* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 21 Rz 30; *Rericha* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 42 Rz 53.

[48] Zur österreichischen Regelung siehe Pkt II.3.3.2.

[49] *H. Foglar-Deinhardstein/Trettnak*, RWZ 2014, 10; *H. Foglar-Deinhardstein* in *H. Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG², § 81 Rz 26.

[50] *H. Foglar-Deinhardstein/Trettnak*, RWZ 2014, 10.

[51] Siehe Pkt II.3.3.

[52] Vgl § 17 Abs 2 Satz 2 EU-UmgrG; siehe Pkt II.6.

[53] *Kaufmann* in *St. Frotz/Kaufmann*, Grenzüberschreitende Verschmelzungen² (2013) § 10 EU-VerschG Rz 9; *H. Foglar-Deinhardstein/Trettnak*, RWZ 2014, 11; *Hechenblaickner*, NZ 2023, 394; *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 19 f und 48; *Obradović* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 40 Rz 23.

[54] *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht (2010) 694; *H. Foglar-Deinhardstein/Trettnak*, RWZ 2014, 11; *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 20; *Obradović* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 40 Rz 23.

[55] *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht, 694; *H. Foglar-Deinhardstein/Trettnak*, RWZ 2014, 11; siehe Pkt II.3.3.2.

[56] *H. Foglar-Deinhardstein/Trettnak*, RWZ 2014, 11.

[57] Siehe Pkt II.2.1. und II.4.3.

[58] *H. Foglar-Deinhardstein* in *H. Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG², § 81 Rz 27; *ders* in *Rastegar/Rastegar/Rastegar*, FlexKapGG-ON, § 15 Rz 60; *D. Bauer* in *Aumüllner/Verweijen*, FlexKapGG und Start-Up-FörderungsG (2024) § 15 FlexKapGG Rz 47.

[59] *H. Foglar-Deinhardstein* in *H. Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG², § 81 Rz 33; *ders* in *Napokoj/H. Foglar-Deinhardstein/Pelinka*, AktG, § 65 Rz 46; *ders* in *Rastegar/Rastegar/Rastegar*, FlexKapGG-ON, § 15 Rz 83 ff; aA *Schneeweiss* in *Schneeweiss/F. Hule*, FlexKapGG (2024) § 15 Rz 31; *D. Bauer* in *Aumüllner/Verweijen*, FlexKapGG, § 15 Rz 82 ff.

Ansonsten bilden § 65 Abs 1 Z 5 AktG, § 81 Satz 3 Fall 3 GmbHG und § 15 Abs 1 Z 3 FlexKapGG das gesetzliche Gegenstück zum Austrittsrecht, um den Erwerb der Anteile der austretenden Anteilseigner durch die Gesellschaft (oder – soweit dies im Hinblick auf § 52 AktG bzw § 82 GmbHG überhaupt zulässig sein kann – ein Tochterunternehmen) – insb gegen durch die Gesellschaft zu leistende Barabfindung – rechtlich dem Grunde nach zu ermöglichen. Durch diese gesetzlichen Bestimmungen wird der Erwerb eigener Anteile im Falle der gesetzlich vorgesehenen *„Entschädigung von Minderheitsgesellschaftern"* unter Einhaltung gewisser Voraussetzungen legitimiert:

Die gesetzlichen Voraussetzungen für den Erwerb eigener Anteile zur *„Entschädigung von Minderheitsgesellschaftern"* sind gem § 65 Abs 1 Z 5 und Abs 2 AktG, § 81 Satz 3 Fall 3 GmbHG bzw § 15 Abs 1 Z 3 FlexKapGG, 1.) dass die Gesellschaft die bilanzrechtlichen Erfordernisse, nämlich die Finanzierung der Anschaffungskosten (soweit sie den Nennwert der eigenen Anteile übersteigen) aus den freien Rücklagen, erfüllen kann, ohne dass das Nettoaktivvermögen die Summe aus Nennkapital und gebundener Rücklage unterschreitet (Leistung aus freien Mitteln – Kapitalgrenze), und 2.) dass die Anteile voll eingezahlt sind.[60]

Rechtlich irrelevant ist, wie hoch die zu erwerbende Beteiligungsquote ist (keine 10 %- oder Drittelerwerbsgrenze).[61] Die Volleinzahlung, die sich auf die gesamte Einlage (bei der AG zuzüglich eines allfälligen korporativen Agios) bezieht,[62] muss bereits vor dem (allenfalls aufschiebend bedingten) Erwerb bestehen, darf also grundsätzlich nicht durch Verrechnung mit der erst zu leistenden Barabfindung hergestellt werden.[63] Die Volleinzahlung des gesamten Nennkapitals, also auch der Anteile der übrigen Anteilseigner, ist uE nicht verlangt (strittig).[64]

Die Kapitalgrenze soll sicherstellen, dass die Barabfindung nur aus freien Mitteln der Schuldnergesellschaft geleistet wird. § 65 Abs 2 Satz 2 AktG[65] ist uE so zu verstehen, dass in der Bilanz das Nettoaktivvermögen zu Buchwerten (Eigenkapital) nach Umsetzung aller bilanzrechtlich gebotenen Maßnahmen, die im Ergebnis zu einer Reduktion des Eigenkapitals um die Anschaffungskosten für die eigenen Anteile (soweit sie deren Nennwert übersteigen) führen, immer noch zumindest die Summe aus Nennkapital und gebundenen Rücklagen decken muss.[66] UE ist die Kapitalgrenze im Hinblick auf die umzuwandelnde Gesellschaft auf den Tag des Barabfindungsangebots als Stichtag zu berechnen,[67] wobei die Kapitalgrenze nur unter Bezug auf die (noch) österreichische Gesellschaft und deren freie Mittel zu prüfen ist.[68] Eine Heilung durch Aufbau ausreichend freier Mittel bis spätestens zur Durchführung des Verfügungsgeschäfts ist uE möglich.[69]

4. Funktionsweise des Austritts gegen Barabfindung

4.1. Austrittsberechtigte, Voraussetzungen für und Verzicht auf den Barabfindungsanspruch

4.1.1. Widerspruch zu Protokoll und Mindestbehaltedauer

Das Recht auf Austritt gegen Barabfindung steht grundsätzlich jedem Anteilseigner, auch wenn er nicht stimmberechtigt wäre, zu.[70] Wer die Barabfindung gegen Hingabe seiner Anteile in Anspruch nehmen will, muss aber 1.) gegen den Umwandlungsbeschluss Widerspruch zu Protokoll erklären und 2.) vom Zeitpunkt des Umwandlungsbeschlusses bis zur Geltendmachung des Rechts Anteilseigner sein (Mindestbehaltedauer).[71]

Das Tatbestandselement des Widerspruchs setzt idR voraus, dass der betreffende Anteilseigner, sofern er zum Zeitpunkt des Umwandlungsbeschlusses stimmberechtigt war, also soweit er keine stimmrechtslosen Anteile hält, keinem Stimmverbot unterliegt und keine Anteile mit ruhenden Stimmrechten hält, gegen die Umwandlung gestimmt[72] oder sich zumindest der Stimme enthalten hat.[73] Soweit eine uneinheitliche (gespaltene) Stimmabgabe möglich ist,[74] kann der betreffende Anteilseigner uE sein Austrittsrecht auch nur teilweise wahren, indem er nur für einen Teil seiner Beteiligung eine Kontra-Stimme abgibt und Widerspruch erklärt. Eine Stimmabgabe gegen die Umwandlung und ein Widerspruch zu Protokoll sind ausnahmsweise nicht erforderlich, wenn der betreffende Gesellschafter an der Stimmrechtsausübung und/oder der Erhebung eines Widerspruchs rechtswidrig gehindert worden ist, dh, insb wenn ihm wegen Einberufungsmängeln das Erscheinen und/oder die Ausübung seiner Rechte nicht möglich ist.[75] Der Widerspruch muss nicht begründet werden.[76] Nur im Ausnahmefall kann der Anteilseigner zunächst für die Umwandlung stimmen, dann aber – nach nachweislich sachlich begründetem Meinungswechsel – doch noch Widerspruch zu Protokoll erklären.[77] Der Widerspruch muss innerhalb der über die Umwandlung beschließenden Anteilseignerversammlung und jedenfalls vor deren Ende erklärt werden; eine Abgabe des Widerspruchs schon vor der Beschluss-

[60] *H. Foglar-Deinhardstein* in *H. Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG², § 81 Rz 29; *ders* in *Rastegar/Rastegar/Rastegar*, FlexKapGG-ON, § 15 Rz 62; *ders* in *Napokoj/H. Foglar-Deinhardstein/Pelinka*, AktG, § 65 Rz 31.

[61] *H. Foglar-Deinhardstein* in *H. Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG², § 81 Rz 29; *ders* in *Rastegar/Rastegar/Rastegar*, FlexKapGG-ON, § 15 Rz 63; *ders* in *Napokoj/H. Foglar-Deinhardstein/Pelinka*, AktG, § 65 Rz 31.

[62] *H. Foglar-Deinhardstein* in *Napokoj/H. Foglar-Deinhardstein/Pelinka*, AktG, § 65 Rz 11. Bei der GmbH und der FlexCo ist die Volleinzahlung eines Agios nicht relevant; vgl *H. Foglar-Deinhardstein* in *Rastegar/Rastegar/Rastegar*, FlexKapGG-ON, § 15 Rz 27; *D. Bauer* in *Aumüllner/Verweijen*, FlexKapGG, § 15 Rz 35 und 89.

[63] *H. Foglar-Deinhardstein* in *H. Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG², § 81 Rz 15 und 29; *ders* in *Rastegar/Rastegar/Rastegar*, FlexKapGG-ON, § 15 Rz 42 und 63; siehe aber zum Erwerb aus ausschüttbaren Mitteln Pkt II.3.3.2.; vgl auch *H. Foglar-Deinhardstein* in *H. Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG², § 81 Rz 33; *ders* in *Rastegar/Rastegar/Rastegar*, FlexKapGG-ON, § 15 Rz 83.

[64] *H. Foglar-Deinhardstein* in *H. Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG², § 81 Rz 29; *ders* in *Rastegar/Rastegar/Rastegar*, FlexKapGG-ON, § 15 Rz 27; *ders* in *Napokoj/H. Foglar-Deinhardstein/Pelinka*, AktG, § 65 Rz 11 (jeweils mit Nachweisen auch zur Gegenansicht).

[65] Vgl § 15 Abs 4 Satz 2 FlexKapGG.

[66] *H. Foglar-Deinhardstein* in *H. Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG², § 81 Rz 30; *ders* in *Rastegar/Rastegar/Rastegar*, FlexKapGG-ON, § 15 Rz 24; *ders* in *Napokoj/H. Foglar-Deinhardstein/Pelinka*, AktG, § 65 Rz 9.

[67] *H. Foglar-Deinhardstein* in *H. Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG², § 81 Rz 30; *ders* in *Rastegar/Rastegar/Rastegar*, FlexKapGG-ON, § 15 Rz 64; *ders* in *Napokoj/H. Foglar-Deinhardstein/Pelinka*, AktG, § 65 Rz 31.

[68] *H. Foglar-Deinhardstein/Trettnak*, RWZ 2014, 11.

[69] *H. Foglar-Deinhardstein* in *Rastegar/Rastegar/Rastegar*, FlexKapGG-ON, § 15 Rz 25.

[70] ErlRV 2028 BlgNR 27. GP, 7; *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 22.

[71] Zum *telos* siehe Pkt II.1.

[72] ErlRV 2028 BlgNR 27. GP, 7; *Brogyányi/Burian-Kerbl* in *Rieder/Potyka*, EU-UmgrG, § 17 Rz 8; *Jennewein* in *Rieder/Potyka*, EU-UmgrG, § 21 Rz 23; *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 31; differenzierend *Obradović* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 40 Rz 56.

[73] *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 31.

[74] Zu den Voraussetzungen für eine gespaltene Stimmrechtsausübung zB *H. Foglar-Deinhardstein* in *Wünscher*, FlexKapGG (2024) § 8 Rz 1 ff und 5 ff.

[75] *Eckert* in *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³, § 10 EU-VerschG Rz 16; *Brogyányi/Burian-Kerbl* in *Rieder/Potyka*, EU-UmgrG, § 17 Rz 8; *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 25.

[76] *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 24.

[77] *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 31.

fassung über die Umwandlung ist ausreichend, sofern sich die Missbilligung des Umwandlungsbeschlusses unzweifelhaft ergibt.[78] Für den Fall, dass die Umwandlung im Umlaufweg beschlossen wird (Umlaufbeschluss), ist umstritten, ob ebenfalls Widerspruch erklärt werden muss oder die Abgabe einer Gegenstimme ausreicht.[79] Wird die Beschlussfassung gem § 16 Abs 4 EU-UmgrG in einen Vorbehaltsbeschluss und einen Bestätigungsbeschluss geteilt (Beschlussteilung), genügt es, wenn der Widerspruch gegen einen der beiden Beschlüsse erklärt wird.[80]

Für die ununterbrochene Gesellschafterstellung ab dem Umwandlungsbeschluss bis zur Ausübung des Austrittsrechts ist der jeweilige Anteilseigner nachweispflichtig.[81] Auf diese Nachweispflicht soll im Umwandlungsplan hingewiesen werden.[82] Der Zeitraum beginnt mit dem Tag der Anteilseignerversammlung, in der die Umwandlung beschlossen wird, und endet mit der Annahme des Barabfindungsangebots.[83] Das Recht auf Austritt gegen Barabfindung besteht nur für jene Anteile, die der widersprechende Anteilseigner 1.) im Zeitpunkt der Fassung des Umwandlungsbeschlusses hält und für die er 2.) Widerspruch zu Protokoll erklärt.[84] Wird die Beteiligung innerhalb dieses Zeitraums im Wege der Einzelrechtsnachfolge übertragen oder geht sie auf anderem Weg (zB durch einen Squeeze-out gem GesAusG) verloren, erlischt der Barabfindungsanspruch.[85] Anderes gilt im Falle der Anteilsübertragung durch Gesamtrechtsnachfolge; in dieser Konstellation geht der Barabfindungsanspruch gemeinsam mit der Beteiligung auf den Rechtsnachfolger über.[86] Veräußert ein Anteilseigner einen Teil seiner Beteiligung und behält er einen anderen, so bleibt der Barabfindungsanspruch hinsichtlich des oder der nicht übertragenen Anteile bestehen.[87] Unschädlich für das Recht auf Austritt gegen Barabfindung ist uE die Übertragung des rechtlichen Eigentums an der Beteiligung an einen Treuhänder, sofern das wirtschaftliche Eigentum beim Anteilseigner verbleibt. Der Barabfindungsschuldner kann auf das Erfordernis der Mindestbehaltedauer verzichten.[88] Innerhalb des Zeitraums der Mindestbehaltedauer ist uE auch eine Zession des Anspruchs auf Austritt gegen angemessene Barabfindung unzulässig.[89] Wurde das Barabfindungsangebot hingegen bereits angenommen, kann der konkrete Barabfindungsanspruch mit oder ohne Übertragung des Anteils zediert werden.[90] Komplexe Fragen stellen sich dabei zur Rechtszuständigkeit für die Teilnahme an einem allfälligen Nachprüfungsverfahren gem § 19 EU-UmgrG[91] und für den Anspruch auf allfällige Nachzahlungen, die im Nachprüfungsverfahren zugesprochen werden;[92] hier empfiehlt sich eine sorgfältige vertragliche Regelung.

4.1.2. Verzicht

Das abstrakte Recht auf Austritt gegen angemessene Barabfindung gem § 17 EU-UmgrG ist zwingend[93] und kann daher nicht durch Satzungsregelung eingeschränkt oder ausgeschlossen werden.[94] Zulässig ist uE aber eine schuldrechtliche Verpflichtung, die ein Anteilseigner zB in einem Syndikatsvertrag eingeht, im Falle einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung auf die Barabfindung (teilweise oder gänzlich) zu verzichten.[95]

Wie sich aus § 17 Abs 1 und 3 EU-UmgrG ergibt, kann jeder Anteilseigner individuell auf sein Recht auf angemessene Barabfindung (entgeltlich oder unentgeltlich, teilweise oder gänzlich) verzichten.[96] Ein allfälliges Entgelt (oder eine allfällige sonstige Gegenleistung) für einen solchen Verzicht darf uE von dritter Seite, von der Gesellschaft selbst aber aus kapitalerhaltungsrechtlichen Gründen nur bei Vorliegen einer betrieblichen Rechtfertigung und/oder von ausreichenden Ausgleichsmaßnahmen geleistet werden.[97] Der Verzicht auf die Barabfindung setzt uE weder Kenntnis des konkreten Umwandlungsplans[98] noch Kenntnis des Schuldners der Barabfindung[99] voraus (strittig). Ebenso wenig ist Kenntnis der Höhe des beabsichtigten Barabfindungsangebots erforderlich. Der Verzicht darf daher schon vor der Beschlussfassung über die Umwandlung erklärt werden.[100] Der Verzicht kann sich uE nur auf die Barabfindung oder aber sowohl auf die Barabfindung als auch auf das Austrittsrecht beziehen. In der ersten Variante bleibt das Austrittsrecht unberührt.[101] Weiters ist denkbar, dass sich der Verzicht nicht auf Barabfindung und/oder Austrittsrecht, sondern überhaupt nur auf das Recht auf Nachprüfung der Höhe der Barabfindung gem § 19 EU-UmgrG[102] und/oder nur auf das Recht auf Sicherstellung gem § 17 Abs 2 und 3 EU-UmgrG[103] bezieht. Der Verzicht auf die

[78] *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 27.
[79] Zum Meinungsstand *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 26; vgl auch *Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein*, Praxisleitfaden Verschmelzung (2015) Kap IV.C Rz 8.
[80] *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 29.
[81] *Brogyányi/Burian-Kerbl* in *Rieder/Potyka*, EU-UmgrG, § 17 Rz 9; *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 35.
[82] *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 35.
[83] *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 34; siehe Pkt II.4.5.2.
[84] *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 34.
[85] *H. Foglar-Deinhardstein/Feldscher*, NZ 2022, 170 und 172.
[86] *Brogyányi/Burian-Kerbl* in *Rieder/Potyka*, EU-UmgrG, § 17 Rz 9; *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 36.
[87] *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 36; *Eckert* in *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung[3], § 10 EU-VerschG Rz 20.
[88] *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 33.
[89] So auch *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 37.
[90] *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 37.
[91] Siehe Pkt II.5.2.
[92] *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 37; OGH 18.4.2023, 6 Ob 71/22t, GesRZ 2023, 328 (*H. Foglar-Deinhardstein*) = EvBl 2023/229 (*Hartlieb*); *H. Foglar-Deinhardstein*, GesRZ 2017, 54 (55 FN 2); *Zottl/Pendl*, Die Überprüfung der Barabfindung, GesRZ 2019, 216; *Zottl/Kohlmaier*, Verbriefte Nachbesserungsrechte in Barabfindungsverfahren, GesRZ 2022, 201 (203 f); *H. Foglar-Deinhardstein/Molitoris/Hartig*, Angemessene Barabfindung beim Squeeze-out: Jagd nach einer Chimäre? GesRZ 2020, 43 (47); *H. Foglar-Deinhardstein/Feldscher* in *Adensamer/Mitterecker*, Gesellschafterstreit, Rz 11/249; *dies*, NZ 2022, 173; *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung[3], § 5 GesAusG Rz 23; zur Zulässigkeit der Disposition über Nachbesserungsansprüche OGH 13.9.2001, 6 Ob 170/01w; 12.5.2021, 6 Ob 246/20z, GesRZ 2021, 241 (*H. Foglar-Deinhardstein/Aichinger* und *Vanovac/Löffler*) = ZFR 2021/244 (*Hubcheva*); zur zuletzt genannten Entscheidung *Rüffler*, Zur Verzinsung der Barabfindung und zugesprochener barer Zuzahlungen gemäß § 6 GesAusG, GesRZ 2021, 209; vgl auch *H. Foglar-Deinhardstein*, Ein neuer Ernstlichkeitsfilter beim Squeeze-out, GES 2018, 14 (17).
[93] Siehe Pkt II.2.1.
[94] *Brogyányi/Burian-Kerbl* in *Rieder/Potyka*, EU-UmgrG, § 17 Rz 5; *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 6.
[95] *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 6 und 38; vgl auch *Obradović* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 40 Rz 3 und 63; *Eckert* in *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung[3], § 10 EU-VerschG Rz 3; *Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung, Kap V.I Rz 15; siehe Pkt II.5.2.
[96] *Brogyányi/Burian-Kerbl* in *Rieder/Potyka*, EU-UmgrG, § 17 Rz 6.
[97] Zum kapitalerhaltungsrechtlich verpönten Auskauf von Gesellschaftern *H. Foglar-Deinhardstein* in *H. Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG[2], § 82 Rz 80 und 103.
[98] So aber *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 38.
[99] So aber *Eckert/Schopper/Wöss* in *Eckert/Schopper*, AktG-ON, § 234b Rz 14.
[100] *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 38.
[101] *Eckert/Schopper/Wöss* in *Eckert/Schopper*, AktG-ON, § 234b Rz 14.
[102] *Eckert/Schopper/Wöss* in *Eckert/Schopper*, AktG-ON, § 234b Rz 14; zur Nachprüfung siehe Pkt II.5.2.
[103] *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 68; zur Sicherstellung siehe Pkt II.1. und II.7.

Vorabprüfung der Barabfindung[104] ist in § 11 Abs 4 und 7, § 12 Abs 4 und § 13 Abs 2 EU-UmgrG geregelt.

Der Verzicht auf den Barabfindungsanspruch kann in der Gesellschafterversammlung, die über die Umwandlung beschließt, zu Protokoll oder sonst außerhalb der Versammlung in schriftlicher Form, dh unterschriftlich, erklärt werden.[105] Da uE der Verzicht nicht die Kenntnis des Barabfindungsschuldners voraussetzt (strittig),[106] muss er daher auch nicht an diesen adressiert sein; eine (zumindest konkludent) an alle am Umwandlungsvorgang Beteiligten und damit auch an den Barabfindungsschuldner laut Umwandlungsplan gerichtete Verzichtserklärung, die Teil der Umwandlungsdokumentation wird, ist uE ausreichend.

Wenn alle Anteilseigner vorab für alle ihre Anteile auf die Barabfindung verzichten, ist keine Sicherstellung der Barabfindung notwendig (§ 17 Abs 3 EU-UmgrG).[107] UE müssen im Falle eines omnilateralen Verzichts auf die Barabfindung auch *a priori* keine Angaben zur Barabfindung gem § 10 Abs 1 Z 9 EU-UmgrG in den Umwandlungsplan aufgenommen werden.[108] Für den Entfall der Sicherstellung genügt es im Übrigen auch, wenn nur, aber immerhin sämtliche Anteilseigner, die überhaupt einen Anspruch auf Barabfindung und damit auf Sicherstellung haben,[109] eine dahin gehende Verzichtserklärung abgeben.[110] Für den Verzicht nur auf die Sicherstellung gelten die gleichen Formvorschriften wie für den Verzicht auf die Barabfindung.[111] Der Nachweis, dass Verzichte aller (relevanten) Anteilseigner vorliegen, ist im Firmenbuchverfahren zu erbringen.[112] Entscheidend aus Sicht des Firmenbuchgerichts ist uE, dass zum Zeitpunkt der (Antragstellung auf) Ausstellung der Vorabbescheinigung gem § 21 Abs 6 EU-UmgrG die umzuwandelnde Gesellschaft keine (relevanten) Anteilseigner hat, die keinen Verzicht abgegeben haben.

4.2. Entfall des Barabfindungsangebots

Das Barabfindungsangebot entfällt, wenn 1.) die umzuwandelnde Gesellschaft nur einen einzigen Anteilseigner hat, 2.) alle Anteilseigner vorab auf ihr Recht auf Barabfindung verzichten[113] oder 3.) alle Anteilseigner der Umwandlung zugestimmt haben.[114]

4.3. Barabfindungsschuldner

§ 17 EU-UmgrG legt fest, dass das Barabfindungsangebot von der Gesellschaft oder einem Dritten gestellt werden kann.[115] Wie erwähnt, muss der Steller des Barabfindungsangebots, der im Falle der Annahme dem austretenden Minoritär die Barabfindung schuldet, nicht notwendigerweise mit dem Erwerber der Beteiligung des austretenden Anteilseigners identisch sein.[116] Naturgemäß kann die Auszahlung der Barabfindung faktisch beim jeweiligen Barabfindungsschuldner einen beträchtlichen Liquiditätsabfluss zur Folge haben.[117]

Wenn 1.) die Gesellschaft selbst Barabfindungsschuldnerin und Erwerberin der Anteile der ausscheidenden Anteilseigner ist[118] und 2.) österreichisches Recht auf den Erwerbsvorgang anwendbar ist,[119] ist bei der Barabfindung grundsätzlich die Kapitalgrenze zu beachten.[120] Das Überschreiten dieser Grenze – oder ein sonstiges Verfehlen der gesetzlichen Voraussetzungen für den Erwerb eigener Anteile nach dem jeweils anwendbaren Recht[121] oder schlicht die angesichts der Barabfindungsverbindlichkeiten drohende Liquiditätsbelastung[122] – können es erforderlich machen oder zumindest praktisch zweckmäßig erscheinen lassen, dass als Barabfindungsschuldner ein Dritter (zB ein direkter oder indirekter Anteilseigner) in die Bresche springt.[123] Die Kapitalgrenze bleibt freilich – unter der Voraussetzung, dass österreichisches Recht überhaupt einschlägig ist – naturgemäß dann anwendbar, wenn der dritte Barabfindungsschuldner auf Rechnung der Gesellschaft leistet oder ein Tochterunternehmen der Gesellschaft ist.[124] Umgekehrt verlangt § 17 Abs 1 EU-UmgrG für den Fall, dass die Barabfindung von einem Dritten angeboten wird, zwingend eine gesamtschuldnerische Haftung von Drittem und Gesellschaft gegenüber den Barabfindungsgläubigern. Diese Regelung hat ausweislich der Materialien ihren Grund darin, dass Art 86i Abs 4 der Gesellschaftsrechtsrichtlinie wohl nur die Gesellschaft als Barabfindungsschuldnerin zulässt, sodass durch diese Solidarhaftung die Richtlinienkonformität von § 17 EU-UmgrG sichergestellt werden soll.[125] Im Innenverhältnis kann das Verbot der Einlagenrückgewähr aber uE erfordern, dass der dritte Barabfindungsschuldner die Gesellschaft hinsichtlich aller Ansprüche, die gegen sie aus der Solidarhaftung für die Barabfindung geltend gemacht werden, schad- und klaglos hält.[126] Bei Wahrung der Solidarhaftung und der Kapitalerhaltung ist es grundsätzlich auch möglich, dass die Gesellschaft und ein oder mehrere Dritte gemeinsam (im Innenverhältnis quotal) die Verpflichtung zur Zahlung der Barabfindung übernehmen.[127]

Tritt ein Dritter als Barabfindungsschuldner auf, muss er eine gesonderte Verpflichtungserklärung abgeben, die dem Umwandlungsplan anzuschließen ist, oder dem Umwandlungsplan im Hinblick auf die Klausel zur Barabfindung beitreten.[128] Der Inhalt der Verpflichtungserklärung, sei sie eine separate Erklärung oder ein Beitritt zum Umwandlungsplan, bestimmt sich nach § 10 Abs 1 Z 9 EU-UmgrG.[129] Die Ver-

[104] Siehe Pkt II.5.2.
[105] *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 39 und 68.
[106] So aber *Eckert/Schopper/Wöss* in *Eckert/Schopper*, AktG-ON, § 234b Rz 14.
[107] Siehe Pkt II.1. und II.7.
[108] *Brogyányi/Burian-Kerbl* in *Rieder/Potyka*, EU-UmgrG, § 17 Rz 6; *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 32 und 41.
[109] Siehe Pkt II.4.1.
[110] *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 40.
[111] *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 68.
[112] *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 41.
[113] *Brogyányi/Burian-Kerbl* in *Rieder/Potyka*, EU-UmgrG, § 17 Rz 6; *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 32 und 41; siehe Pkt II.4.1.
[114] *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 68.
[115] Siehe Pkt II.2.1.
[116] *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung[3], § 9 SpaltG Rz 15; *H. Foglar-Deinhardstein* in *H. Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG[2], § 81 Rz 27; *ders* in *Rastegar/Rastegar/Rastegar*, FlexKapGG-ON, § 15 Rz 60; *H. Foglar-Deinhardstein/Trettnak*, RWZ 2014, 7 FN 8; so implizit wohl auch *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 48; siehe Pkt II.2.1., II.3.1. und II.4.4.
[117] *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 43; *H. Foglar-Deinhardstein/Trettnak*, RWZ 2014, 7 ff.
[118] Siehe Pkt II.2.1. und II.3.1.
[119] Siehe Pkt II.3.3.
[120] Siehe Pkt II.3.3.2.
[121] Siehe Pkt II.2.2. und II.4.4.
[122] Siehe Pkt II.4.3.
[123] *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 43.
[124] *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 43; vgl auch *H. Foglar-Deinhardstein* in *H. Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG[2], § 81 Rz 38.
[125] ErlRV 2028 BlgNR 27. GP, 7; vgl auch *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 47.
[126] So auch *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 47.
[127] *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 43.
[128] *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 44.
[129] *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 45; siehe Pkt II.4.4. und II.4.5.1.

pflichtungserklärung unterliegt der Formpflicht in analoger Anwendung von § 234b Abs 1 iVm § 244 Abs 4 AktG (Beglaubigung).[130]

4.4. Form- und Genehmigungspflicht für den Erwerb eigener Anteile sowie Übertragungsbeschränkungen

Wird der Erwerb der eigenen Anteile gemäß dem Bild des Gesetzes idealtypisch erst (unmittelbar) nach Wirksamwerden der Sitzverlegung implementiert,[131] sind Form- und Genehmigungspflichten sowie die Anwendbarkeit von Übertragungsbeschränkungen nach dem Recht des Zuzugsstaates zu beurteilen.[132] Wird der Erwerb der eigenen Anteile hingegen vor das Wirksamwerden der Sitzverlegung gezogen,[133] ist für diese Fragen österreichisches Recht – und zwar folgendermaßen – zu beachten:

Beim Erwerb eigener Anteile durch eine GmbH oder eine FlexCo unterliegt schon im Allgemeinen nur das Verpflichtungsgeschäft, nicht aber das Verfügungsgeschäft den Formpflichten gem § 76 Abs 2 GmbHG sowie § 9 Abs 6 und § 12 Abs 1 FlexKapGG.[134] Beim Austritt aus Anlass der grenzüberschreitenden Sitzverlegung wären uE diese Formpflichten auch für das Verpflichtungsgeschäft, das durch Angebot und Annahme zustande kommt, nicht passend. Für die Annahme des Angebots *„auf angemessene Barabfindung gegen Hingabe der Anteile"* genügt nämlich gem § 17 Abs 2 EU-UmgrG die Erklärung zu Protokoll in der Gesellschafterversammlung oder sonst die Schrift- oder Textform.[135] Aus der Zusammenschau von § 17 Abs 1 und 2 EU-UmgrG ergibt sich uE, dass hier nicht nur auf das Barabfindungsangebot ieS, sondern unter einem auch auf das komplementäre Angebot zum Erwerb der Anteile abgestellt wird (und zwar uE auch dann, wenn Barabfindungsschuldner und Erwerber der Anteile nicht identisch sind).[136] Das Angebot selbst wiederum ist in den Umwandlungsplan zu inkorporieren (§ 10 Abs 1 Z 9 EU-UmgrG), für den die Schriftform genügt. Diese Formvorschriften über Angebot und Annahme, aus denen das Verpflichtungsgeschäft über den Erwerb der hinzugebenden Anteile entsteht, sind uE *leges speciales* zu § 76 Abs 2 GmbHG sowie § 9 Abs 6 und § 12 Abs 1 FlexKapGG.[137]

Das Barabfindungsangebot und der daraus resultierende Barabfindungsanspruch unterliegen bei der Export-Sitzverlegung[138] uE zwingend österreichischem Recht (teilweise strittig).[139] Bei außerhalb Österreichs befindlichen verbrieften (und allenfalls depotverwahrten) Aktien sind §§ 31 und 33a IPRG zu beachten.[140]

Dass die Anteilseigner durch einen eigenen Beschluss den Erwerb eigener Anteile anlässlich des Austritts von Anteilseignern bei der Sitzverlegung genehmigen, ist uE nicht erforderlich. Die Beschlussfassung über die Sitzverlegung durch die Anteilseigner ist ohnedies notwendig und auch für den Erwerb eigener Anteile aus diesem Anlass ausreichend.[141]

Satzungsmäßige Vinkulierungen und andere satzungsmäßige Übertragungsbeschränkungen (Aufgriffsrechte etc) sind beim Erwerb eigener Anteile anlässlich des Austritts von Anteilseignern bei der Sitzverlegung uE nicht beachtlich.[142] Dies liegt zum Ersten daran, dass die Sitzverlegung ohnedies der Beschlussfassung der Anteilseigner bedarf.[143] Zum Zweiten ist der zwingende Charakter des Austrittsrechts[144] zu bedenken. Und zum Dritten normiert § 17 Abs 4 EU-UmgrG ausdrücklich, dass einer *„anderweitigen Veräußerung der Anteile"* durch einen widersprechenden Gesellschafter satzungsmäßige Verfügungsbeschränkungen nicht entgegenstehen. Wenn aber nicht einmal die Veräußerung an Dritte durch satzungsmäßige Übertragungsbeschränkungen blockiert ist, kann dies umso weniger für Veräußerungen an die Gesellschaft selbst gelten.[145]

Weitere (regulatorische) Einschränkungen des freien Erwerbs eigener Anteile können sich zB aus Vorschriften des Sanktionenrechts, des Übernahmerechts, des Kartellrechts, des Beihilfenrechts, des Grundverkehrsrechts, des Außenwirtschafts- und Investitionskontrollrechts, des Bank- und Versicherungsaufsichtsrechts, des Berufs- und Standesrechts, des Vergaberechts oder des Devisenrechts ergeben.[146]

4.5. Mechanismus und zeitlicher Ablauf, Annahme des Barabfindungsgebots

4.5.1. Rechtlicher Rahmen und Mechanik des Angebots

Das Angebot auf angemessene Barabfindung gegen Hingabe der Anteile ist in den Umwandlungsplan zu inkorporieren (§ 10 Abs 1 Z 9 EU-UmgrG).[147] Das Angebot muss inhaltlich bestimmt sein, wofür die Angabe des Verpflichteten und der

[130] *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 46.

[131] Siehe Pkt II.2.1., II.2.2., II.3.3. und II.4.5.3.

[132] *Eckert* in *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung[3], § 10 EU-VerschG Rz 37 f; *Brogyányi/Burian-Kerbl* in *Rieder/Potyka*, EU-UmgrG, § 17 Rz 15; *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 48 (siehe aber Rz 78); *Obradović* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 40 Rz 46 und 86 f; siehe Pkt II.2.2.

[133] Siehe Pkt II.3.3.

[134] *H. Foglar-Deinhardstein* in *H. Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG[2], § 81 Rz 41; *ders* in *Rastegar/Rastegar/Rastegar*, FlexKapGG-ON, § 15 Rz 93; *D. Bauer* in *Aumüllner/Verweijen*, FlexKapGG, § 15 Rz 91; vgl auch *Eckert/Schopper/Wöss* in *Eckert/Schopper*, AktG-ON, § 234b Rz 25; *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 78; eine gänzliche Dispensierung von der Formpflicht erwägend hingegen *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung[3], § 234b AktG Rz 54.

[135] Siehe Pkt II.4.5.2.

[136] Zu dieser Möglichkeit siehe Pkt II.2.1., II.3.1. und II.4.3.

[137] So auch *Obradović* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 40 Rz 44 (siehe aber Rz 23); aA offenbar *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 78; siehe Pkt II.4.5.2.

[138] zur Frage ob sich der Anspruch gegen die Gesellschaft oder gegen einen Dritten richtet, siehe Pkt II.2.1. und II.4.3.

[139] *Hechenblaickner*, NZ 2023, 394; vgl auch *Eckert* in *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung[3], § 10 EU-VerschG Rz 5; *H. Foglar-Deinhardstein* in *H. Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG[2], § 81 Rz 31; *ders* in *Rastegar/Rastegar/Rastegar*, FlexKapGG-ON, § 15 Rz 65; *J. Schmidt* in *Lutter*, UmwG[7], § 340 Rz 49; teilweise aA (bei einem Dritten, der die Barabfindung schuldet, idR Anwendung seines Personalstatuts) *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 13 und 45; *Obradović* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 40 Rz 29; siehe Pkt II.2.2.

[140] *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 78.

[141] Ähnlich *Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung, Kap IV.C Rz 15.

[142] *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung[3], § 234b AktG Rz 55; *Eckert/Schopper/Wöss* in *Eckert/Schopper*, AktG-ON, § 234b Rz 25; *Obradović* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 40 Rz 86; *Eckert* in *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung[3], § 10 EU-VerschG Rz 40; *Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung, Kap IV.C Rz 15; insofern in Hinblick auf den umgründungsbedingten Sell-out zu pauschal und ungenau *H. Foglar-Deinhardstein* in *H. Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG[2], § 81 Rz 43; *ders* in *Rastegar/Rastegar/Rastegar*, FlexKapGG-ON, § 15 Rz 94; *ders* in *Napokoj/H. Foglar-Deinhardstein/Pelinka*, AktG, § 65 Rz 49.

[143] *Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung, Kap IV.C Rz 15.

[144] Siehe Pkt II.2.1. und II.4.1.2.

[145] Siehe Pkt II.1. und II.9.

[146] Allgemein zu regulatorischen Einschränkungen des freien Anteilserwerbs *H. Foglar-Deinhardstein/Feldscher* in *Adensamer/Mitterecker*, Gesellschafterstreit, Rz 11/35; zum Sanktionenrecht und zu Anteilseignerrechten allgemein OLG Innsbruck 28.11.2022, 3 R 84/22k, GES 2023, 131; *Karollus*, Russland/Belarus-Sanktionen und Aktionärsrechte, RdW 2023, 862; *Knauder-Sima/Temmel*, Recht auf Dividende bei sanktionierten Aktien, in FS Weilinger (2025) 3; zum Beihilfenrecht und zur Unternehmensfinanzierung allgemein *Wünscher*, Unternehmensfinanzierung und Beihilferecht, RdW 2024, 530.

[147] Siehe Pkt II.4.3. und II.4.4.

Höhe der Barabfindung pro Aktie bzw pro Euro Beteiligung am Nennkapital ausreichend ist.[148] Den Steller des Angebots bindet das Anbot uE grundsätzlich bereits mit der Abgabe; der Anbotssteller kann es mangels abweichender Festlegung nur widerrufen, wenn der Umwandlungsbeschluss scheitert oder das Wirksamwerden der Umgründung von der zuständigen Stelle rechtskräftig abgelehnt wird. Das Angebot kann vom Barabfindungsschuldner ausnahmsweise auch (aufschiebend oder auflösend) bedingt (zB unter Bezugnahme auf eine maximale Annahmequote) und/oder unter Widerrufsvorbehalt gestellt werden, muss aber spätestens mit (Beantragung der) Ausstellung der Vorabbescheinigung gem § 21 Abs 6 EU-UmgrG unbedingt und unwiderruflich wirksam werden.[149] Im Verhältnis zu den Anteilseignern wird das Angebot jedenfalls frühestens mit Fassung des Umwandlungsbeschlusses durch die Anteilseigner wirksam.[150] UE ist es zulässig, dass der Anbotssteller die zunächst (im Umwandlungsplan) angebotene Barabfindung freiwillig nachträglich (vor, [soweit die Bestimmungen zu Anträgen in der Versammlung beachtet werden] in oder sogar noch nach der über die Umwandlung beschließenden Anteilseignerversammlung) erhöht, sofern eine solche Erhöhung nicht zu einer verdeckten Gewinnausschüttung führt[151] und eine allfällige Formpflicht[152] eingehalten wird. Eine formale Aktualisierung des Umwandlungsplans und der Berichte ist dafür uE nicht erforderlich.[153] Eine derartige Erhöhung kann an eine oder mehrere (negative aufschiebende) Bedingungen geknüpft werden, zB daran, dass keine Anfechtungsklage erhoben wird und/oder kein Antrag auf Überprüfung der Barabfindung gestellt wird.[154] Eine nachträgliche Herabsetzung der angebotenen Barabfindung ist hingegen ohne erneute Vorbereitung einer eigenen Anteilseignerversammlung (neue Berichte, erneute Bereitstellung von Unterlagen, neuer Fristenlauf etc) nicht möglich.[155]

Gem § 10 Abs 1 Z 9 EU-UmgrG hat der Umwandlungsplan *„die Einzelheiten zum Angebot einer Barabfindung für Gesellschafter"* zu enthalten. Dabei geht es um die Ausübungsmodalitäten.[156] Namentlich hat der Umwandlungsplan die Verpflichtungserklärung sowie Informationen zum Barabfindungsschuldner, zur vorgesehenen Höhe der Barabfindung pro Anteil bzw pro Euro des Nennkapitals, zu den Zahlungsmodalitäten und zur Sicherheitsleistung zu enthalten. Das Angebot muss inhaltlich so bestimmt sein, dass für die Entstehung des Barabfindungsanspruchs nur noch die Annahme durch den widersprechenden Anteilseigner notwendig ist.[157]

Fehlt das Barabfindungsangebot oder erfüllt es nicht die gesetzlichen Voraussetzungen des § 10 Abs 1 Z 9 EU-UmgrG, ist der Umwandlungsbeschluss anfechtbar.[158] Nach ungenütztem Verstreichen der Anfechtungsfrist ist uE die Vorabbescheinigung gem § 21 Abs 6 EU-UmgrG auszustellen (strittig);[159] wird die Umgründung in weiterer Folge ohne Barabfindungsangebot wirksam, besteht kein Austrittsrecht. Zu erwägen sind diesfalls Schadenersatzansprüche.[160]

4.5.2. Rechtlicher Rahmen und Mechanik der Angebotsannahme

Um seinen Anspruch auf Austritt gegen Barabfindung zu wahren, muss der austrittswillige Anteilseigner grundsätzlich[161] 1.) gegen den Umwandlungsbeschluss stimmen und 2.) Widerspruch zu Protokoll erklären. Für die Annahme des Barabfindungsangebots genügt die Erklärung des Widerspruchs *per se* aber nicht, weil der Anteilseigner mit dem Widerspruch ja möglicherweise bloß meint, dass er seine Befugnis zur Anfechtung des Umwandlungsbeschlusses wahren möchte.[162] Die Annahmeerklärung ist eine vom Widerspruch separierte einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung, die einer Stellvertretung zugänglich ist,[163] und sie ist an den jeweiligen Abfindungsschuldner zu adressieren (daher an einen allfälligen dritten Barabfindungsschuldner, auch wenn die Gesellschaft diesfalls ja zwingend solidarisch für die Barabfindung haftet).[164]

Gem § 17 Abs 2 EU-UmgrG kann das Angebot gleichzeitig mit dem Widerspruch zu Protokoll in der Anteilseignerversammlung durch Erklärung zu Protokoll[165] angenommen werden. Dies gilt jedenfalls für ein von der Gesellschaft selbst gestelltes Barabfindungsangebot, uE aber auch für das Barabfindungsangebot eines Dritten (strittig),[166] zumal ein solches Angebot ohnedies zwingend Teil des Umwandlungsplans sein muss[167] und man daher zwanglos davon ausgehen kann, dass die Gesellschaft und deren vertretungsbefugte Organe zur Empfangnahme von Annahmeerklärungen in der Versammlung für den Barabfindungsschuldner ermächtigt sind. Es empfiehlt sich freilich, im Barabfindungsangebot eines Dritten klarzustellen, dass es auch in der Anteilseignerversammlung durch Erklärung zu Protokoll angenommen werden kann.[168] Für die im Gesetz genannte Gleichzeitigkeit mit dem Widerspruch genügt es nach überzeugender Ansicht, wenn die Annahme bis zum Ende der Anteilseignerversammlung zu Protokoll erklärt wird.[169]

---

[148] *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 50; vgl auch *Eckert* in *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung[3], § 10 EU-VerschG Rz 12.

[149] *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 10 und 17 f; vgl auch *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung[3], § 234b AktG Rz 18.

[150] *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 49.

[151] So zum Squeeze-out *H. Foglar-Deinhardstein/Feldscher* in *Adensamer/Mitterecker*, Gesellschafterstreit, Rz 11/144 und 11/181.

[152] Siehe Pkt II.4.4.

[153] So zum Squeeze-out *H. Foglar-Deinhardstein/Feldscher* in *Adensamer/Mitterecker*, Gesellschafterstreit, Rz 11/144; *Hlawati/Glas/H. Foglar-Deinhardstein/Aichinger*, Squeeze-out: Spatz in der Hand statt Taube auf dem Dach? GesRZ 2016, 29 (32); aA möglicherweise *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 49.

[154] So zum Squeeze-out *H. Foglar-Deinhardstein/Feldscher* in *Adensamer/Mitterecker*, Gesellschafterstreit, Rz 11/144.

[155] So zum Squeeze-out *H. Foglar-Deinhardstein/Feldscher* in *Adensamer/Mitterecker*, Gesellschafterstreit, Rz 11/181; *H. Foglar-Deinhardstein/Hartig* in *Kalss/Frotz/Schörghofer*, Handbuch für den Vorstand (2017) § 31 Rz 286; wohl auch *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 49.

[156] ErlRV 2028 BlgNR 27. GP, 7; *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 50.

[157] *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 50; vgl auch *Eckert* in *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung[3], § 10 EU-VerschG Rz 12.

[158] *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 51; siehe Pkt II.5.1.; zum Anfechtungsausschluss bei bloßer Unangemessenheit der Barabfindung vgl § 18 EU-UmgrG.

[159] *Obradović* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 40 Rz 40; vgl auch *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung[3], § 234b AktG Rz 20; *Eckert* in *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung[3], § 10 EU-VerschG Rz 13; *Eckert/Schopper/Wöss* in *Eckert/Schopper*, AktG-ON, § 234b Rz 21; aA *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 51.

[160] *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung[3], § 234b AktG Rz 20.

[161] Siehe Pkt II.4.1.1.

[162] *Brogyányi/Burian-Kerbl* in *Rieder/Potyka*, EU-UmgrG, § 17 Rz 11; *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 52.

[163] *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 52.

[164] *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 53.

[165] *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 54 und 56.

[166] AA *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 54.

[167] Siehe Pkt II.4.3.

[168] Nach *Brogyányi/Burian-Kerbl* (in *Rieder/Potyka*, EU-UmgrG, § 17 Rz 11) wäre eine solche Strukturierung rechtlich erforderlich, um die Annahme des Barabfindungsangebots eines Dritten schon in der Anteilseignerversammlung zu ermöglichen.

[169] *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 54.

Hat der austrittswillige Anteilseigner das Angebot in der Anteilseignerversammlung noch nicht akzeptiert, muss die Annahmeerklärung der Gesellschaft oder dem Dritten schriftlich oder in Textform (gem § 13 Abs 2 AktG) binnen eines Monats nach dem Umwandlungsbeschluss zugehen. Die Schrift- oder Textform ist auch dann ausreichend, wenn sich die Annahmeerklärung auf die Übertragung eines GmbH-Geschäftsanteils richtet.[170] Ist ausnahmsweise kein Widerspruch notwendig,[171] ist jener Zeitpunkt fristauslösend, zu dem der austrittswillige Anteilseigner vom Beschluss Kenntnis erlangt hat oder hätte erlangen können.[172] Fristwahrend ist – bei sonstigem Erlöschen des Austrittsrechts – der rechtzeitige Zugang der Annahmeerklärung beim Empfänger.[173]

Gem § 17 Abs 1 EU-UmgrG hat die Gesellschaft eine elektronische Adresse für den Zugang von Annahmeerklärungen bekannt zu geben; diese Verpflichtung besteht auch dann, wenn die Barabfindung von einem Dritten angeboten und geschuldet wird.[174] Als elektronische Adresse kann eine E-Mail-Adresse oder eine Website, über die die Eingabe erfolgt, verwendet werden.[175] Da für die Annahme Textform genügt, kann die Erklärung als Text ohne eigenhändige Unterschrift oder auch als Scan des unterschriebenen Dokuments übermittelt werden.[176]

UE kann der austrittswillige Anteilseigner die Annahme des Barabfindungsangebots auch nur hinsichtlich eines Teils seiner Beteiligung erklären (teilweiser Austritt; strittig).[177] Im Lichte von § 17 Abs 4 EU-UmgrG können einem teilweisen Austritt auch satzungsmäßige Verfügungsbeschränkungen nicht entgegenstehen.[178] Freilich sind allfällige gesetzliche oder satzungsmäßige Grenzen der Teilbarkeit von Anteilen zu beachten,[179] wobei dabei auch die richtige kollisionsrechtliche Abgrenzung[180] zu berücksichtigen ist.

4.5.3. Abwicklung des Austritts gegen Barabfindung

Der Barabfindungsanspruch ist mit der *„Eintragung der Umwandlung"* aufschiebend bedingt (§ 17 Abs 2 EU-UmgrG). Mit der *„Eintragung"* sind richtigerweise weder die Eintragung der beabsichtigten Umwandlung gem § 21 Abs 10 EU-UmgrG noch die Eintragung der wirksam gewordenen Umwandlung gem § 21 Abs 12 EU-UmgrG gemeint; vielmehr ist auf das Wirksamwerden der Umwandlung nach dem jeweils anwendbaren ausländischen Recht abzustellen, das an eine Registereintragung geknüpft sein kann, aber nicht muss.[181]

Wie erwähnt, erfolgt uE der Vollzug des Austritts durch Leistung der Barabfindung Zug um Zug gegen Übertragung der Beteiligung (unmittelbar) nach Eintritt der Rechtswirkungen der Sitzverlegung (strittig).[182] Die Anteile sind grundsätzlich lastenfrei zu übertragen.[183] Der Barabfindungsschuldner hat ein Leistungsverweigerungsrecht (§ 1052 ABGB), wenn keine Bereitschaft des austrittswilligen Anteilseigners zur Übertragung seiner Anteile besteht.[184] Umgekehrt steht das Leistungsverweigerungsrecht auch dem übertragungswilligen Anteilseigner zu, wenn der Barabfindungsschuldner nicht zur Auszahlung bereit ist.[185] Bei einer größeren Zahl an austrittswilligen Anteilseignern wird sich eine treuhändige Abwicklung anbieten.[186]

Der jeweilige Barabfindungsschuldner hat die Kosten der Übertragung der Anteile des austretenden Anteilseigners zu tragen (§ 17 Abs 2 EU-UmgrG); darunter fallen Vertragsverfassungs- und Beurkundungskosten, Bank- und Überweisungsspesen, Kosten eines allfälligen Treuhänders etc.[187]

5. Inhalt des Barabfindungsanspruchs

5.1. Geldschuld, die aus einem gesetzlichen Anspruch resultiert

Wie erwähnt, wurzelt der Barabfindungsanspruch nicht in einem frei verhandelten Erwerbsgeschäft, sondern resultiert aus dem gesetzlich vorgesehenen Recht auf Austritt aus der umzuwandelnden Gesellschaft gegen Barabfindung.[188] Das gesetzlich dem Inhalt und der Höhe nach prädeterminierte Rechtsgeschäft über die Auszahlung der Barabfindung gegen Hingabe der Beteiligung des austretenden Anteilseigners ist dabei nur, aber immerhin der Mechanismus, den das Gesetz zur konkreten Implementierung des abstrakten gesetzlichen Austrittsrechts vorschreibt.[189]

Der Barabfindungsanspruch richtet sich auf Geldleistung. Andere Leistungsangebote (zB Anteile an einer anderen Gesellschaft, sonstige Sachwerte, Genussrechte, stille Beteiligung) können 1.) als bloße Alternative zum Geldanbot zur freien Auswahl der Minoritäre oder 2.) bei Zustimmung aller betroffenen Anteilseigner gestellt werden.[190] Ein bloßes Sachleistungsangebot, dem die betroffenen Gesellschafter nicht zugestimmt haben, bildet einen Grund für die Anfechtung des Umwandlungsbeschlusses.[191] Ist durch Annahme bereits ein konkreter Barabfindungsanspruch entstanden, kann sich der Barabfindungsschuldner selbstverständlich mit dem einzelnen Barabfindungsgläubiger auf eine Sachleistung an Zahlungs statt (§ 1414 ABGB) einigen.[192]

---

[170] ErlRV 2028 BlgNR 27. GP, 7; *Brogyányi/Burian-Kerbl* in *Rieder/Potyka*, EU-UmgrG, § 17 Rz 11; *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 56; siehe Pkt II.4.4.

[171] Siehe Pkt II.4.1.1.

[172] *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 55.

[173] *Brogyányi/Burian-Kerbl* in *Rieder/Potyka*, EU-UmgrG, § 17 Rz 11 und § 19 Rz 21; *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 55; vgl auch OGH 30.9.2013, 6 Ob 83/13v, GesRZ 2014, 128 (*Kalss*).

[174] *Brogyányi/Burian-Kerbl* in *Rieder/Potyka*, EU-UmgrG, § 17 Rz 11; *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 57.

[175] *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 57.

[176] *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 57; *Micheler* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG[3], § 13 Rz 9.

[177] *Obradović* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 40 Rz 46; aA OGH 30.9.2013, 6 Ob 83/13v; *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 58; offen *Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung, Kap IV.C Rz 16.

[178] Siehe Pkt II.1. und II.4.4.

[179] *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 58; *Obradović* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 40 Rz 46.

[180] Siehe Pkt II.2.2. und II.4.4.

[181] *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 9; siehe Pkt II.6.

[182] Siehe Pkt II.2.1., II.2.2., II.3.2. und II.4.4.

[183] *Obradović* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 40 Rz 85; *Eckert* in *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung[3], § 10 EU-VerschG Rz 36.

[184] *Obradović* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 40 Rz 85.

[185] *Obradović* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 40 Rz 85; zu den einzuhaltenden Formpflichten und Übertragungsbeschränkungen siehe Pkt II.2.2. und II.4.4.

[186] *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 79.

[187] *Brogyányi/Burian-Kerbl* in *Rieder/Potyka*, EU-UmgrG, § 17 Rz 14; *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 80; zur Sicherstellung dieser Kosten siehe Pkt II.7.; zur Gestaltungsvariante der vor das Wirksamwerden der Umwandlung gezogenen Abwicklung siehe Pkt II.3.3. und II.4.4.

[188] Siehe Pkt II.2.1.

[189] *H. Foglar-Deinhardstein/Feldscher*, NZ 2022, 175; *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 14 und 52 sowie § 57 Rz 12, 18 und 54; vgl auch *Obradović* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 40 Rz 7; *Eckert* in *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung[3], § 10 EU-VerschG Rz 5.

[190] *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 59; *Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung, Kap IV.C Rz 17.

[191] *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 59; siehe Pkt II.4.5.1.

[192] *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 59.

5.2. Angemessenheit der Barabfindung

Gem § 17 Abs 1 EU-UmgrG muss die Barabfindung *„angemessen"* sein. Dies ist eine zwingende Vorschrift; eine Beschränkung der Angemessenheit durch die Satzung wäre unzulässig.[193] Zulässig ist uE aber eine schuldrechtliche Verpflichtung, die ein Anteilseigner zB in einem Syndikatsvertrag eingeht, im Falle einer grenzüberschreitenden Sitzverlegung auf die Barabfindung (teilweise oder gänzlich) zu verzichten.[194] Stichtag für die Angemessenheit ist der Tag der Beschlussfassung über die Umwandlung durch die Anteilseigner (§ 2 Abs 1 Satz 2 GesAusG analog).[195]

Die Höhe der Barabfindung wird zunächst vom Anbotssteller[196] festgelegt, kann aber nach Wirksamwerden der Umwandlung im Nachprüfungsverfahren (§ 19 EU-UmgrG) durch gerichtliche Entscheidung oder Vergleich zulasten des Barabfindungsschuldners und zugunsten der Barabfindungsgläubiger hinaufgesetzt werden. Die Angemessenheit der Höhe der Barabfindung unterliegt der vierfachen Kontrolle[197] durch 1.) den Umwandlungsbericht (§ 11 Abs 3 Z 1 EU-UmgrG), 2.) den Prüfbericht des Umwandlungsprüfers (§ 12 Abs 2 Z 1 EU-UmgrG), 3.) den Bericht des Aufsichtsrats (§ 13 Abs 1 EU-UmgrG) und 4.) ein spezielles gerichtliche Nachprüfungsverfahren (§ 19 EU-UmgrG). Die drei erstgenannten Kontrollvorgänge sind grundsätzlich zwingender Bestandteil der Vorbereitung der Versammlung der Anteilseigner, die über die Umwandlung Beschluss fasst.[198] Das Nachprüfungsverfahren kann demgegenüber erst nach Fassung des Umwandlungsbeschlusses stattfinden und wird nur über entsprechenden Antrag der Minoritäre eingeleitet. § 18 EU-UmgrG ordnet an, dass die Nichtigkeit des Umwandlungsbeschlusses nicht daraus folgen kann, dass die Barabfindung nicht angemessen festgesetzt worden sei. Für die Überprüfung der Angemessenheit der Barabfindung ist somit exklusiv das Nachprüfungsverfahren reserviert, das erst nach Fassung des Umwandlungsbeschlusses eingeleitet werden kann. Im Ergebnis wird damit verhindert, dass Minoritäre mit der Behauptung der Unangemessenheit der Barabfindung das Wirksamwerden der Umwandlung im Klagsweg blockieren könnten.[199] Da die Bekämpfung der Angemessenheit der Barabfindung die Durchführung der Umwandlung nicht aufhalten kann, ist das Druck- und Erpressungspotenzial von Aktionärspiraten (*professional raiders*) im Vorfeld des Wirksamwerdens der Umwandlung zumindest in diesem Bereich vom Gesetz weitgehend ausgeschaltet.[200]

Die Höhe der Barabfindung ist angemessen, wenn die Barabfindung eine Abgeltung des vollen wirtschaftlichen Werts der Anteilsrechte des ausscheidenden Anteilseigners durch volle Abbildung des objektivierten Verkehrswerts darstellt; der Anteilseigner soll durch die Ausübung des Austrittsrechts keinen wirtschaftlichen Nachteil erleiden.[201] Die angemessene Barabfindung ergibt sich – jedenfalls bei der AG – grundsätzlich aus dem anteiligen Unternehmenswert, der auf die Beteiligung des ausgetretenen Anteilseigners entfällt.[202] Zur Ermittlung der angemessenen Barabfindung ist somit eine abgeleitete (indirekte, mittelbare) Anteilsbewertung erforderlich.[203] Rechnerisch kommt es dabei zu einem zweistufigen Verfahren: Im ersten Schritt ist der Gesamtwert des Unternehmens der Gesellschaft zu ermitteln; dieser errechnet sich als (auf den Bewertungsstichtag abgezinster) Kapitalwert der zukünftigen finanziellen Nutzenzuflüsse, die aus dem Unternehmen (bei Berücksichtigung des Zusammenwirkens der einzelnen Vermögenswerte abzüglich der Schulden) zu erwarten sind. Im zweiten Schritt muss dieser Unternehmenswert quotal auf die von den Anteilseignern gehaltenen Anteile aufgeteilt werden.[204]

Für die Zwecke der abgeleiteten Anteilsbewertung ist daher eine Unternehmensbewertung auf den Bewertungsstichtag (das ist der Tag der Beschlussfassung durch die Anteilseignerversammlung) durchzuführen.[205] Nicht jede Unternehmensbewertung muss durch einen externen sachverständigen Gutachter erfolgen; die Einholung eines externen Gutachtens ist insb dann nicht geboten, wenn der notwendige Sachverstand ohnedies unternehmensintern vorhanden ist.[206] Eine rechtlich vorgeschriebene Methode der Unternehmensbewertung gibt es nicht. Die richtige Methode zu ermitteln, ist ein Problem der Betriebswirtschaftslehre, doch müssen die von ihr gewählte Methode und die innerhalb einer Methode gewählten Berechnungsverfahren der vom Gesetz gestellten Bewertungsaufgabe adäquat sein (Normzweckadäquanz).[207] Aufgrund des Stichtagsprinzips[208] dürfen nur jene für die Wertermittlung beachtlichen Informationen berücksichtigt werden, die bei angemessener Sorgfalt zum Bewertungsstichtag hätten erlangt werden können. Nachträgliche Änderungen der wertbestimmenden Faktoren sind nur dann zu berücksichtigen, wenn ihre Wurzel vor dem Bewertungsstichtag liegt. Spätere Entwicklungen können als Plausibilisierung für die ursprünglich vorgenommene Schätzung dienen.[209] Da die Bewertung von Erwartungen zum Bewertungsstichtag ausgeht, kann eine Aussage über die Richtigkeit der Bewertungsergebnisse aber nicht *ex post* anhand späterer Entwicklungen getroffen werden.[210] Durch eine Unternehmensbewertung

[193] *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 60; vgl auch *Obradović* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 40 Rz 63.

[194] *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 6 und 38; vgl auch *Obradović* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 40 Rz 3 und 63; *Eckert* in *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung[3], § 10 EU-VerschG Rz 3; *Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein*, Verschmelzung, Kap V.I Rz 15; siehe Pkt II.4.1.2.

[195] *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 60; vgl auch *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung[3], § 234b AktG Rz 36; *Obradović* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 40 Rz 69.

[196] Siehe Pkt II.2.1. und II.4.3.

[197] Die mehrfache Überprüfung soll der Informationsasymmetrie zwischen Angebotssteller und Minderheitsgesellschaftern entgegenwirken; vgl *H. Foglar-Deinhardstein/Molitoris/Hartig*, GesRZ 2020, 44.

[198] Zu Möglichkeiten des Verzichts auf die Vorabprüfung siehe Pkt II.4.1.2.

[199] *H. Foglar-Deinhardstein*, GES 2018, 15; *ders*, Rechtliche Rahmenbedingungen für die Unternehmensbewertung in Österreich, GesRZ 2024, 38 (45).

[200] Zur (nicht gebotenen) Sicherstellung allfälliger Erhöhungsbeträge, die aus dem Nachprüfungsverfahren resultieren, siehe Pkt II.7.

[201] OGH 25.11.2020, 6 Ob 96/20s, GesRZ 2021, 151 (*Haberer*); OLG Wien 26.2.2021, 6 R 9/20t; 4.12.2023, 6 R 273/23w; *Obradović* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 40 Rz 62; *H. Foglar-Deinhardstein*, Auf den Punkt gebracht? – Aktuelle Überlegungen zum rechtlichen Rahmen für die Unternehmensbewertung, RWZ 2024, 252 (253).

[202] OGH 12.5.2021, 6 Ob 246/20z; vgl auch OGH 6.8.2021, 6 Ob 113/21t; dazu *H. Foglar-Deinhardstein/Feldscher*, NZ 2022, 165 ff.

[203] Zum Unterschied zwischen indirekter und direkter Anteilsbewertung *Obradović* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 40 Rz 64; *Aschauer/Purtscher*, Preis & Wert, RWZ 2024, 296 (302 f); *H. Foglar-Deinhardstein*, GesRZ 2024, 42 f.

[204] *H. Foglar-Deinhardstein*, RWZ 2024, 253; zur Frage der Gewichtung des anteiligen Unternehmenswerts durch Zu- und Abschläge siehe Pkt II.5.3.

[205] OLG Wien 26.2.2021, 6 R 9/20t.

[206] *H. Foglar-Deinhardstein*, RWZ 2024, 253 f.

[207] RIS-Justiz RS0010087; OLG Wien 26.2.2021, 6 R 9/20t; *H. Foglar-Deinhardstein*, RWZ 2024, 254.

[208] Zum relevanten Bewertungsstichtag siehe Pkt II.5.2.

[209] OLG Wien 26.2.2021, 6 R 9/20t; *Obradović* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 40 Rz 66 und 69.

[210] *Obradović* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 40 Rz 66.

kann schon aus methodischen Gründen nicht ein einziger exakter Wert iS einer Punktlandung ermittelt werden, sondern idR nur eine Bandbreite, innerhalb derer grundsätzlich jeder Wert (nicht bloß der Durchschnittswert) als angemessen anzusehen ist.[211] Die Methoden der Unternehmensbewertung stellen allesamt eine Reduktion der Komplexität der realen Bewertungssituation dar. Darüber hinaus sind alle Unternehmensbewertungsverfahren zukunftsgerichtet und bemessen den Wert eines Unternehmens oder Unternehmensanteils auf Basis der zum Bewertungsstichtag vorliegenden Erwartungen. Daraus folgt, dass jeder Bewertung eine Bandbreite immanent ist und der Bewerter mit erheblichem Schätzermessen umgehen muss. Die *„richtige"* Bewertung gibt es daher nicht.[212] Erzielbar ist nur eine Bandbreite (mehr oder weniger) plausibler Unternehmenswerte. Eine Barabfindung, die innerhalb der aus der notwendigen Bandbreite einer Unternehmensbewertung resultierenden Unschärfe liegt, kann daher auch nicht als unangemessen qualifiziert werden. Von einer unangemessenen Barabfindung kann daher nur dann ausgegangen werden, wenn 1.) die zugrunde liegende Unternehmensbewertung nicht den Grundsätzen ordnungsgemäßer Unternehmensbewertung entspricht und 2.) sich daraus nicht bloß geringfügige und damit nicht korrekturbedürftige Abweichungen von einer den Grundsätzen ordnungsgemäßer Unternehmensbewertung entsprechenden Unternehmensbewertung ergeben.[213] Aufgrund unterschiedlicher Einschätzung der Ertragsplanung kann es in unterschiedlichen Gutachten zu weit auseinanderliegenden Bewertungsergebnissen kommen, ohne dass dabei eines der Gutachten falsch wäre. Mithilfe des Ertragswertverfahrens lassen sich auch bei methodisch korrekter Anwendung und unter Einsatz vertretbarer Prognosen unterschiedliche Ergebnisse *„berechnen"* und als Unternehmenswert darstellen.[214]

Bei börsenotierten Aktien ist der Börsekurs uE keine starre Untergrenze für die Barabfindung, sondern nur, aber immerhin ein bedeutender Wertindikator.[215] Für die Plausibilisierung des anteiligen Unternehmenswerts durch den Börsekurs ist keine Stichtagsbetrachtung, sondern eine Durchschnittsbetrachtung von sechs Monaten vorzunehmen, wobei die Referenzperiode mit dem Tag der Bekanntmachung der geplanten Umwandlung endet.[216] Dies deckt sich mit der Vorschrift von § 12 Abs 2 Satz 2 EU-UmgrG, wonach *„bei der Bewertung der Barabfindung … der Umwandlungsprüfer einen etwaigen Marktpreis, den die Anteile an der Gesellschaft vor Ankündigung der geplanten Umwandlung hatten, … zu berücksichtigen [hat]."*[217] Auch die Preise aus Vorerwerben – oder der Preis aus einem vorgeschalteten oder parallel laufenden Delisting-Übernahmeangebot[218] – bilden uE keine absolute Untergrenze, zumal sich der Unternehmenswert zum Zeitpunkt des Umwandlungsbeschlusses naturgemäß ganz anders darstellen kann als zum Zeitpunkt der Vortransaktion oder als es der nach regulatorischen Vorgaben zu ermittelnde Preis eines Übernahmeangebots vermuten ließe.[219]

5.3. Gleichbehandlung der Barabfindungsgläubiger

Grundsätzlich hat jeder austretende Anteilseigner für die gleich große Beteiligung die gleiche Barabfindung zu erhalten, sodass es zu keiner offenen oder verdeckten Besserstellung einzelner Anteilseigner kommen darf.[220] Dieses Gleichbehandlungsprinzip kann jedenfalls aus § 47a AktG abgeleitet werden, wenn die umzuwandelnde Gesellschaft selbst Barabfindungsschuldnerin ist. Agiert ein Dritter als Barabfindungsschuldner, erschließt sich die Gleichbehandlungspflicht aus § 19 EU-UmgrG iVm § 225i Abs 1 AktG und den gesellschaftsrechtlichen Treuepflichten zwischen den Anteilseignern, die den Umwandlungsbeschluss fassen.[221] Eine Verletzung der Gleichbehandlung bei der Bemessung der Barabfindung berechtigt nicht zur Anfechtung des Umwandlungsbeschlusses, sondern ist gegebenenfalls im Nachprüfungsverfahren gem § 19 EU-UmgrG[222] geltend zu machen.[223]

Das Gleichbehandlungsprinzip erlaubt und verlangt Differenzierungen bei unterschiedlich ausgestalteten Anteilen, die sich insb aus Sonderrechten und Anteilsgattungen ergeben (§ 2 Abs 1 GesAusG analog).[224] Bei der indirekten Anteilsbewertung[225] sind derartige Differenzierungen durch gewichtende Zu- und Abschläge auf den quotal auf den Anteil entfallenden Unternehmenswert umzusetzen.[226] Bspw haben stimmrechtslose Vorzugsaktien idR einen niedrigeren Wert als Stammaktien.[227]

Das Gleichbehandlungsprinzip verlangt uE nicht, dass alle im Umfeld der Umwandlung an einzelne austretende Minoritäre geleisteten (selektiven Sonder-)Zahlungen undifferenziert als verdeckte Zuzahlungen auf die Barabfindung zu qualifizieren und dann durch entsprechende Erhöhung der Barabfindung iS einer Meistbegünstigung starr schematisch auf alle austretenden Anteilseigner umzulegen sind.[228] Vielmehr ist eine scharfe Einzelfallbetrachtung erforderlich: So hat der OGH bereits klargestellt, dass im Nachprüfungsverfahren als Kostenersatz gewidmete Zahlungen grundsätzlich nicht als verdeckte Zuzahlungen auf die Barabfindung einzuordnen sind.[229] Vergleichsweise Zahlungen in einem Anfechtungsverfahren zur Umwandlung sind schon wegen des unterschiedlichen Verfahrensgegenstands für die Frage der

[211] OLG Wien 26.2.2021, 6 R 9/20t; *H. Foglar-Deinhardstein/Molitoris/Hartig*, GesRZ 2020, 46; *H. Foglar-Deinhardstein*, RWZ 2024, 252 ff.

[212] OLG Wien 26.2.2021, 6 R 9/20t; *Obradović* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 40 Rz 65; *H. Foglar-Deinhardstein*, GesRZ 2024, 47.

[213] OLG Wien 26.2.2021, 6 R 9/20t; *H. Foglar-Deinhardstein*, RWZ 2024, 254.

[214] OLG Wien 26.2.2021, 6 R 9/20t.

[215] *H. Foglar-Deinhardstein*, RWZ 2024, 254 ff (mit Nachweisen auch zur Gegenansicht); vgl auch *Eckert/Schopper* in *Eckert/Schopper*, AktG-ON, § 220 Rz 14; differenzierend *Obradović* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 40 Rz 70 f.

[216] OLG Wien 1.10.2020, 6 R 78/20i ua; dazu *H. Foglar-Deinhardstein/Aichinger*, Angemessene Barabfindung beim Squeeze-out: OLG Wien fasst heiße Eisen an, GesRZ 2021, 74; vgl auch OLG Linz 5.5.2021, 6 R 47/21f; *H. Foglar-Deinhardstein*, RWZ 2024, 256.

[217] *Obradović/Herzog* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 12 Rz 4.

[218] Siehe Pkt II.2.1.

[219] *H. Foglar-Deinhardstein*, RWZ 2024, 256; *ders*, GesRZ 2023, 330 (330 FN 2); differenzierend *Obradović* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 40 Rz 74.

[220] *Obradović* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 40 Rz 72.

[221] *Obradović* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 40 Rz 72; *H. Foglar-Deinhardstein*, GesRZ 2023, 330 ff.

[222] Siehe Pkt II.5.2.

[223] *Obradović* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 40 Rz 72.

[224] *Obradović* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 40 Rz 73; *H. Foglar-Deinhardstein*, RWZ 2024, 253.

[225] Siehe Pkt II.5.2.

[226] *H. Foglar-Deinhardstein*, GesRZ 2024, 43 f; *Obradović* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 40 Rz 73; *Trenker/Schmidsberger*, Gestaltung gesellschaftsvertraglicher Aufgriffsrechte im Insolvenzfall, NZ 2024, 550 (560 f).

[227] *H. Foglar-Deinhardstein*, GesRZ 2024, 43; *Obradović* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 40 Rz 73.

[228] Streng zur Erhöhung der Abfindung durch Paralleltransaktionen (Kauf von Anteilen parallel zum Abfindungsangebot zu einem die Barabfindung übersteigenden Preis) und *„Beratungshonorare"* ohne Beratungsaufwand *Obradović* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 40 Rz 74.

[229] OGH 24.10.2019, 6 Ob 138/19s, GesRZ 2020, 150 (*Zollner*); dazu *H. Foglar-Deinhardstein/Molitoris/Hartig*, GesRZ 2020, 43 ff.

Angemessenheit der Barabfindung irrelevant, zumal die Angemessenheit ja gerade als Streitgegenstand des Anfechtungsverfahrens ausgeschlossen ist.[230] Umstritten ist, ob selektive Sonderzahlungen, die vom Barabfindungsschuldner in Teilvergleichen iZm dem Nachprüfungsverfahren gewährt werden, die starre Untergrenze für die im Überprüfungsverfahren gegebenenfalls zu ermittelnde Erhöhung der Barabfindung bilden. UE hat eine im Zuge eines Vergleichs erhöhte Kompensationsleistung nur dann Bedeutung für die Nachprüfung der Angemessenheit der Barabfindung, wenn diese Nachzahlung mit Verbindlichkeit und Wirkung für alle betroffenen Anteilseigner zugesagt worden ist.[231] Keinesfalls ein Maßstab für die Gleichbehandlung sind Sonderzahlungen, denen eine spezifische Gegenleistung zugeordnet werden kann (wie etwa besondere Verhandlungsbemühungen um eine effiziente und/oder kreative Vergleichslösung, die Koordination verschiedener Anteilseignergruppen oder das Beisteuern von Know-how im Bereich der Unternehmensbewertung, der Simulationsrechnung etc).[232]

6. Fälligkeit, Verjährung und Verzinsung des Barabfindungsanspruchs

Wie erwähnt, ist der Barabfindungsanspruch mit der *„Eintragung der Umwandlung"* aufschiebend bedingt (§ 17 Abs 2 EU-UmgrG),[233] womit das Wirksamwerden der Umwandlung nach dem jeweils anwendbaren ausländischen Recht gemeint ist, das nicht notwendigerweise an eine Registereintragung geknüpft sein muss.[234] Erst mit Wirksamwerden der Umwandlung wird die Barabfindung fällig; sie muss daher nur geleistet werden, wenn die Umwandlung rechtswirksam wird.[235] Die Barabfindung verjährt in drei Jahren ab Fälligkeit (§ 17 Abs 2 Satz 2 EU-UmgrG).

Die Verzinsung der Barabfindung ist – mangels einer dahin gehenden Regelung im EU-UmgrG – umstritten. Nach überwiegender Meinung ist die Barabfindung mit 2 % über dem jeweils geltenden Basiszinssatz zu verzinsen (§ 225j Abs 1 AktG analog), wobei diese Verzinsung nicht erst ab Fälligkeit, sondern bereits ab Beschlussfassung über die Umwandlung (Bewertungsstichtag;[236] § 2 Abs 2 GesAusG analog) bis zur Zahlung läuft.[237] Nach abweichender Ansicht (zur innerstaatlichen rechtsformübergreifenden Verschmelzung) ist bis zur Fälligkeit keine Verzinsung vorgesehen; ab Fälligkeit gelten die allgemeinen zivilrechtlichen Verzugszinsen gem § 1000 ABGB (4 %).[238] UE ist § 225j Abs 1 AktG keine geeignete Analogiebasis, weil diese Vorschrift die Verzinsung von Nachzahlungen (Erhöhungsbeträgen) aus dem Überprüfungsverfahren ab Wirksamkeit der jeweiligen Strukturmaßnahme regelt. Für die Frage, wie und ab welchem Zeitpunkt die Barabfindung austrittswilliger Anteilseigner *a priori* zu verzinsen ist, ist daraus nichts zu gewinnen. Die geeignete Analogiebasis ist uE vielmehr § 2 Abs 2 GesAusG. Diese Bestimmung bezweckt, die Verzinsungslücke zwischen Bewertungsstichtag und Wirksamwerden der Strukturmaßnahme zu schließen.[239] Angesichts der parallelen Problematik bei der Barabfindung gem § 17 EU-UmgrG (die austrittswilligen Anteilseigner partizipieren ab dem Bewertungsstichtag bis zur Fälligkeit der Barabfindung nicht mehr an der Wertentwicklung der Anteile) ist § 2 Abs 2 GesAusG die für den Lückenschluss geeignete Vorschrift. Im Ergebnis ist uE die Barabfindung gem § 17 EU-UmgrG ab dem der Beschlussfassung durch die Gesellschafterversammlung folgenden Tag bis zur Fälligkeit mit jährlich 2 % über dem jeweils geltenden Basiszinssatz zu verzinsen. Entsprechend der Rspr zur Barabfindung gem GesAusG sind uE ab Fälligkeit bis zur Zahlung Zinsen in Höhe von 4 % (§ 1000 ABGB) geschuldet.[240] § 465 UGB ist nicht anwendbar.[241]

7. Sicherstellung der Barabfindung

Gem § 17 Abs 2 EU-UmgrG ist für die Erfüllung der Barabfindung einschließlich der Übertragungskosten[242] den Abfindungsberechtigten Sicherheit zu leisten. Gem § 17 Abs 3 EU-UmgrG darf die Vorabbescheinigung nach § 21 Abs 6 EU-UmgrG erst ausgestellt werden, wenn die Barabfindungsansprüche der Gesellschafter ausreichend sichergestellt sind oder nachgewiesen wird, dass alle Gesellschafter auf die Barabfindung verzichtet haben.[243]

Die Art der Sicherheit ist im Umwandlungsplan festzulegen[244] und richtet sich grundsätzlich nach §§ 1373 und 1374 ABGB; es ist daher eine dingliche Sicherheit (Hypothek, Faustpfand), eine Bürgschaft oder eine spezielle Deckungszusage durch eine Versicherung oder eine Bank (Bankgarantie) beizubringen. Zulässig ist auch die Hinterlegung von Geld bei einem Treuhänder oder bei Gericht.[245] Die Sicherheit muss gem § 17 Abs 3 EU-UmgrG *„ausreichend"* sein. Dabei kommt es nicht nur auf die Höhe,[246] sondern auch auf die Qualität (Liquidität bzw leichte Verwertbarkeit) der Sicherheit (zB bereite Zahlungsmittel, leicht verwertbare Vermögensgegenstände, Bürgschaft eines tauglichen Bürgen, Bankgarantie einer Bank mit ausreichender Bonität) an.[247] Die tatsächliche Sicherheitenbestellung muss spätestens bis zum Zeitpunkt der (Antragstellung auf) Ausstellung der Vorabbescheinigung gem § 21 Abs 6 EU-UmgrG erfolgen.[248] Die Sicherheit kann vom Barabfindungsschuldner,[249] aber auch von einem Dritten

[230] BGH 19.7.2010, II ZB 18/09, BGHZ 186, 229; OLG Düsseldorf 28.10.2019, I-26 W 3/17 (AktE), WM 2019, 2319; OLG Wien 28.1.2022, 2 R 122/21g; *H. Foglar-Deinhardstein*, GesRZ 2023, 332.

[231] OLG Düsseldorf 28.10.2019, I-26 W 3/17 (AktE); *Mollnhuber*, Rechtsprechung zur Unternehmensbewertung im Spruchverfahren, GesRZ 2020, 257 (259); *H. Foglar-Deinhardstein*, GesRZ 2023, 332 (mit Nachweisen auch zur Gegenansicht).

[232] *H. Foglar-Deinhardstein*, GesRZ 2023, 332.

[233] Siehe Pkt II.4.5.3.

[234] *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 9.

[235] *Brogyányi/Burian-Kerbl* in *Rieder/Potyka*, EU-UmgrG, § 17 Rz 12; siehe Pkt II.3.3. und II.4.5.1.

[236] Siehe Pkt II.5.2.

[237] *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 63; vgl auch *Obradović* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 40 Rz 76; teilweise aA (Verzinsung erst ab Fälligkeit) *Eckert* in *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung[3], § 10 EU-VerschG Rz 27; *Eckert/Schopper/Wöss* in *Eckert/Schopper*, AktG-ON, § 234b Rz 15.

[238] *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung[3], § 234b AktG Rz 41.

[239] *Obradović* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 40 Rz 76.

[240] OGH 12.5.2021, 6 Ob 246/20z; 2.2.2022, 6 Ob 148/21i, GesRZ 2022, 236 (*Deutsch*) = ZFR 2022/169 (*Kraus*); zur zuletzt genannten Entscheidung *H. Foglar-Deinhardstein*, Wo und wie die angemessene Squeeze-out-Barabfindung durchzusetzen ist, ecolex 2022, 377.

[241] *H. Foglar-Deinhardstein/Feldscher*, NZ 2022, 175; zur (nicht gebotenen) Sicherstellung der Zinsen siehe Pkt II.7.

[242] Siehe Pkt II.4.5.3.

[243] Zum Entfall der Sicherstellung siehe Pkt II.4.1.2.

[244] *Brogyányi/Burian-Kerbl* in *Rieder/Potyka*, EU-UmgrG, § 17 Rz 14; *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 65.

[245] *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 71.

[246] Siehe Pkt II.7.

[247] *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 71 und 73.

[248] *Brogyányi/Burian-Kerbl* in *Rieder/Potyka*, EU-UmgrG, § 17 Rz 14; *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 65.

[249] Siehe Pkt II.4.3.

erlegt werden.[250] Erlegt die Gesellschaft selbst die Sicherheit, obwohl sie nicht Barabfindungsschuldnerin, sondern nur Gesamtschuldnerin gem § 17 Abs 1 EU-UmgrG ist, wird es idR erforderlich sein, dass die Gesellschaft wiederum ihre Regressansprüche gegenüber dem Barabfindungsschuldner besichern lässt.

Zum spätesten Zeitpunkt für die tatsächliche Bestellung der Sicherheit[251] ist auch erkennbar, welche Anteilseigner zu besichern sind: Gem § 21 Abs 3 Z 2 EU-UmgrG ist nämlich in der Anmeldung der beabsichtigten Umwandlung zu erklären, ob und wie viele Gesellschafter von ihrem Recht auf Barabfindung gem § 17 EU-UmgrG Gebrauch gemacht haben. Das Ausmaß der Sicherstellung muss daher nur die Austrittsberechtigten erfassen: Wenn die Barabfindung zur Gänze entfällt,[252] kann auch die Sicherstellung unterbleiben.[253] Für Anteilseigner, die keinen Widerspruch zu Protokoll erhoben haben, muss keine Abfindung sichergestellt werden; dass in Ausnahmefällen für den Barabfindungsanspruch kein Widerspruch erforderlich ist,[254] ist für das Ausmaß der Sicherstellung unbeachtlich.[255] Ebenso entfällt die Pflicht zur Sicherstellung für Anteilseigner, die individuell auf die Barabfindung oder auch nur auf die Sicherstellung verzichtet haben.[256] Strittig ist, ob auch für solche Anteilseigner die Barabfindung sicherzustellen ist, die das Barabfindungsangebot nicht fristgerecht[257] angenommen haben.[258] Die Übertragungskosten[259] sind – uE entsprechend einer sachgerechten Prognose – gem § 17 Abs 2 EU-UmgrG ebenfalls sicherzustellen,[260] nicht jedoch allfällige Zinsen.[261] Ebenso wenig erfasst von der Sicherstellung sind allfällige Erhöhungsbeträge aus dem Nachprüfungsverfahren, zumal diese zum Zeitpunkt des Erlags der Sicherheit[262] nicht seriös prognostizierbar sind.[263]

Die Laufzeit der Sicherstellung muss den Barabfindungsgläubigern nach Fälligkeit der Barabfindung[264] die sinnvolle Inanspruchnahme der Sicherheit realistisch ermöglichen.[265] Es empfiehlt sich zB eine Laufzeit von zwei Monaten ab Wirksamwerden der Umwandlung.[266]

8. Klagsweise Durchsetzung der Barabfindung

Art 86i Abs 5 der Gesellschaftsrechtsrichtlinie würde für alle Streitigkeiten iZm der Barabfindung die ausschließliche Zuständigkeit der Gerichte des Wegzugsstaates verlangen.[267] Diese Anordnung der Gesellschaftsrechtsrichtlinie wurde durch das EU-UmgrG aber mit seinem § 19 nur hinsichtlich des Nachprüfungsverfahrens umgesetzt.[268] Für die streitige Durchsetzung des Barabfindungsanspruchs folgt der Gerichtsstand daher allgemeinen Regeln: Ein Barabfindungsschuldner mit Sitz in Österreich kann naturgemäß an seinem allgemeinen Gerichtsstand in Österreich geklagt werden. Hat der Barabfindungsschuldner seinen Sitz im EWR-Ausland, so ist Art 7 Z 1 lit a EuGVVO 2012[269] einschlägig, der für vertragliche Ansprüche den Gerichtsstand des Erfüllungsortes normiert. Nach Art 1 Abs 2 lit f der Rom I-VO[270] iVm § 10 IPRG und § 907a Abs 1 ABGB ergibt sich für die Barabfindung als Geldschuld der Wohnsitz des Gläubigers als Erfüllungsort, sodass die Klage auf Zahlung der Barabfindung gegen einen Barabfindungsschuldner mit Sitz im EWR-Ausland jedenfalls am Wohnsitz des austretenden Gesellschafters geführt werden kann. Hat der Barabfindungsschuldner seinen Sitz im Nicht-EWR-Ausland, so kann der Gläubiger grundsätzlich, soweit dem nicht Völkerrecht entgegensteht, gegen den Barabfindungsschuldner den Wahlgerichtsstand für Streitigkeiten aus dem Gesellschaftsverhältnis (§ 92c iVm § 51 Abs 1 Z 6 und § 27a JN) nützen. Zudem kann auch der Gerichtsstand des Vermögens gem § 99 JN infrage kommen, insb wenn der Barabfindungsschuldner an einer österreichischen GmbH beteiligt ist.[271]

9. Sonstige Rechte der Austrittsberechtigten: Alternative Anteilsveräußerung

Alternativ zum Austritt gewährt § 17 Abs 4 EU-UmgrG einem dissentierenden Anteilseigner auch das Recht, ab Fassung des Umwandlungsbeschlusses bis zum Ablauf der Frist für die Geltendmachung der Barabfindung[272] seine Anteile anderweitig zu veräußern, ohne dabei durch allfällige satzungsmäßige Verfügungsbeschränkungen blockiert zu sein.[273] § 17 Abs 4 EU-UmgrG kassiert nicht nur die dingliche Unwirksamkeit, die aus einer satzungsmäßigen Verfügungsbeschränkung resultieren würde, sondern auch allfällige Schadenersatzansprüche wegen Verletzung der Verfügungsbeschränkung.[274] Um in den Genuss dieser Privilegierung zu kommen, muss der austrittswillige Anteilseigner 1.) die gesetzlichen Voraussetzungen für die Geltendmachung des Austrittsrechts erfüllen[275] und darf 2.) das Barabfindungsangebot nicht angenommen haben. Wirtschaftlich interessant ist das Wahrnehmen der Alternative dann, wenn der austrittswillige Anteilseigner dadurch einen Preis erzielen kann, der über der im Umwandlungsplan angebotenen Barabfindung liegt. Satzungsmäßige Verfügungsbeschränkungen iSv § 17 Abs 4 EU-UmgrG sind

[250] *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 66.
[251] Siehe Pkt II.7.
[252] Siehe Pkt II.4.2.
[253] *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 68.
[254] Siehe Pkt II.4.1.1.
[255] *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 68; vgl auch *Obradović* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 40 Rz 80.
[256] *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 68 und 74; siehe Pkt II.4.1.2.
[257] Siehe Pkt II.4.5.2.
[258] Fehlende Annahme des Anbots nicht ausreichend für Entfall der Sicherstellung; vgl *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 67 und 69; Sicherstellung nur für jene Anteilseigner, die das Angebot fristgerecht angenommen haben; vgl *Obradović* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 40 Rz 82.
[259] Siehe Pkt II.4.5.3. und II.7.
[260] *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 70.
[261] *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung[3], § 2 GesAusG Rz 33; siehe Pkt II.6.
[262] Siehe Pkt II.7.
[263] *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 70; vgl auch *Obradović* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 40 Rz 82; *Eckert* in *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung[3], § 10 EU-VerschG Rz 28 und 30.
[264] Siehe Pkt II.6.
[265] *Eckert* in *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung[3], § 10 EU-VerschG Rz 29.
[266] *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 72; vgl auch *Eckert* in *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung[3], § 10 EU-VerschG Rz 29.
[267] Siehe Pkt I.
[268] *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 81. Im deutschen Recht ist die Vorgabe der Richtlinie für den Barabfindungsanspruch durch § 340 Abs 5 Satz 2 dUmwG präzise umgesetzt.
[269] Verordnung (EU) Nr 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl L 351 vom 20.12.2012, S 1.
[270] Verordnung (EG) Nr 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.6.2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl L 177 vom 4.7.2008, S 6.
[271] OGH 2.2.2022, 6 Ob 148/21i.
[272] Siehe Pkt II.4.5.2.
[273] *Brogyányi/Burian-Kerbl* in *Rieder/Potyka*, EU-UmgrG, § 17 Rz 16; *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 83.
[274] *Obradović* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 40 Rz 95.
[275] Siehe Pkt II.4.1.

etwa in der Satzung verankerte Vinkulierungen, Übertragungsverbote, Vorerwerbsrechte oder Aufgriffsrechte.[276] Außerhalb der Satzung (insb in einem Syndikatsvertrag oder vom Gesetz) festgelegte Übertragungsbeschränkungen werden von § 17 Abs 4 EU-UmgrG nicht durchbrochen.[277]

Bei Wahrnehmung der alternativen Anteilsveräußerung kommt eine Überprüfung des Kaufpreises im Nachprüfungsverfahren[278] nicht in Betracht.[279] Macht der Gesellschafter von der Möglichkeit nach § 17 Abs 4 EU-UmgrG Gebrauch, geht das Recht auf Austritt gegen angemessene Barabfindung unter.[280]

III. Barabfindung und Austrittsrecht bei der Import-Umwandlung

1. Grundlagen

Art 86i Abs 1 der Gesellschaftsrechtsrichtlinie ordnet zwingend an, dass mindestens den Gesellschaftern einer Gesellschaft, die gegen die Zustimmung zum Umwandlungsplan gestimmt haben, die Berechtigung zukommen muss, ihre Anteile unter gewissen Voraussetzungen gegen Zahlung einer angemessenen Barabfindung zu veräußern (Andienungsrecht).[281] Gem Art 86i Abs 5 der Gesellschaftsrechtsrichtlinie ist aber für dieses Austrittsrecht das Recht des Wegzugsmitgliedstaates maßgebend.[282] Konsequenterweise schweigt das EU-UmgrG zum Austrittsrecht der dissentierenden Minoritäre bei der Import-Sitzverlegung, weil in dieser Konstellation nach den Vorgaben der Richtlinie dem österreichischen Gesetzgeber grundsätzlich keine Regelungskompetenz zukommt. Die Regelungen zum Austrittsrecht gegen Barabfindung müssen daher bei der Import-Umwandlung – unter der Annahme der korrekten Umsetzung der Gesellschaftsrechtsrichtlinie – im Recht des Wegzugsstaates auffindbar sein.

2. Kollisionsrecht

Die Vorgaben der Gesellschaftsrechtsrichtlinie[283] haben nach der hier vertretenen Ansicht[284] uE zur Folge, dass bei der Import-Sitzverlegung – spiegelverkehrt zur Export-Sitzverlegung – auf den Barabfindungsanspruch zwingend das Recht des jeweiligen Wegzugsstaates anzuwenden ist.[285] Demgegenüber richtet sich die Frage, ob und wie ein Erwerb der Beteiligung des ausscheidenden Anteilseigners durch die umgewandelte Gesellschaft möglich ist, einerseits hinsichtlich der einzuhaltenden Formvorschriften und Übertragungsvoraussetzungen nach dem auf die zu übertragenden Anteile zum Zeitpunkt der Übertragung anwendbaren Recht[286] und andererseits hinsichtlich der vom Erwerber selbst einzuhaltenden Voraussetzungen (insb zur Kapitalerhaltung und zum Erwerb eigener Anteile) grundsätzlich nach dem Personalstatut des präsumtiven Erwerbers, somit idR nach österreichischem Recht (strittig),[287] sofern der Erwerb der Anteile nicht einvernehmlich noch vor Wirksamkeit der Sitzverlegung durchgeführt wird,[288] wodurch allenfalls die Anwendbarkeit des Rechts des Wegzugsstaates erreicht werden kann.

Findet die Import-Sitzverlegung bspw von Deutschland nach Österreich statt, so ist auf das Ausscheiden der austrittswilligen Anteilseigner § 340 Abs 4 dUmwG anwendbar. Nach dieser Bestimmung werden Anteilsinhaber, die das Abfindungsangebot angenommen haben, mit Wirksamwerden des Formwechsels nicht Anteilsinhaber der Gesellschaft neuer Rechtsform, sondern scheiden automatisch mit Wirksamkeit der Sitzverlegung aus der Gesellschaft aus.[289] Der umgewandelten Gesellschaft werden die Anteile der ausgetretenen Anteilseigner kraft Gesetzes als eigene Anteile zugeordnet, sodass die Gesellschaft grundsätzlich die Beteiligung der ausgeschiedenen Gesellschafter als eigene Anteile übernimmt.[290] Scheitert eine solche Neuzuordnung der Anteile an den Kapitalerhaltungsvorschriften des Zuzugsstaates,[291] bleibt das Recht auf Austritt gegen Barabfindung gem § 340 dUmwG dennoch bestehen.[292]

3. Kapitalerhaltungsrechtliche Schranken

Nach der hier vertretenen Ansicht ist bei einer Import-Umwandlung für die Beurteilung der Zulässigkeit des Erwerbs eigener Anteile österreichisches Recht (§ 65 AktG; § 81 GmbHG; § 15 FlexKapGG) anzuwenden, sofern der Erwerb eigener Anteile erst nach Wirksamwerden der Umwandlung erfolgt.[293] Die daraus ableitbaren kapitalerhaltungsrechtlichen Vorgaben wurden bereits dargestellt.[294] Die Kapitalgrenze[295] ist uE an den Verhältnissen auf den Tag des Barabfindungsangebots als Stichtag zu berechnen, wobei der Eintritt der Umgründungswirkungen rechnerisch vorwegzunehmen ist.[296] Dabei sind uE zur Vermeidung von Doppelungen bei der umgewandelten Gesellschaft jene gebundenen Rücklagen auszublenden, die gegebenenfalls erst aus Anlass der fraglichen Umgründung zu dotieren sind.[297] Eine Heilung durch Aufbau

[276] *Brogyányi/Burian-Kerbl* in *Rieder/Potyka*, EU-UmgrG, § 17 Rz 16; *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 83.

[277] *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 83; *Hechenblaickner*, NZ 2023, 393; vgl auch *Obradović* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 40 Rz 93.

[278] Siehe Pkt II.5.2.

[279] *Obradović* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 40 Rz 90.

[280] *Eckert* in *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung[3], § 10 EU-VerschG Rz 41; siehe Pkt II.4.1.1.

[281] *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 3; siehe Pkt I.

[282] *Brogyányi/Burian-Kerbl* in *Rieder/Potyka*, EU-UmgrG, § 17 Rz 2; *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 5; siehe Pkt I.

[283] Siehe Pkt I. und III.1.

[284] Siehe Pkt II.2.2.

[285] *Rieder* in *Rieder/Potyka*, EU-UmgrG, § 25 Rz 12 f; *Luy* in BeckOGK UmwG, § 340 Rz 5 und 41.1; vgl auch *Eckert* in *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung[3], § 10 EU-VerschG Rz 5; *H. Foglar-Deinhardstein/Trettnak*, RWZ 2014, 10.

[286] AA (automatisches Ausscheiden bei Wirksamwerden der Umwandlung) *Fidler* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 25 Rz 13; siehe Pkt II.2.2. und II.4.4.

[287] *Fidler* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 25 Rz 13; *Reidt* in Kölner Komm UmwG[2], § 340 Rz 31 und 33; vgl auch *H. Foglar-Deinhardstein/Trettnak*, RWZ 2014, 11; *H. Foglar-Deinhardstein* in *H. Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG[2], § 81 Rz 31; *Obradović* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 40 Rz 19; *Klett* in BeckOGK UmwG, § 313 Rz 37; aA (Recht des Wegzugsstaates anwendbar) *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 16; *Luy* in BeckOGK UmwG, § 340 Rz 40 f; siehe Pkt II.2.2. und II.3.2.

[288] *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht, 695; *ders* in *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung[3], § 10 EU-VerschG Rz 8; siehe Pkt II.3.3.1.

[289] *Herzog*, GES 2023, 7; *Reidt* in Kölner Komm UmwG[2], § 340 Rz 29 f; *Luy* in BeckOGK UmwG, § 340 Rz 40; *Klett* in BeckOGK UmwG, § 313 Rz 35 und 37.

[290] *Reidt* in Kölner Komm UmwG[2], § 340 Rz 31.

[291] Siehe Pkt III.3.

[292] *Reidt* in Kölner Komm UmwG[2], § 340 Rz 32.

[293] *H. Foglar-Deinhardstein* in *H. Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG[2], § 81 Rz 31; *ders* in *Rastegar/Rastegar/Rastegar*, FlexKapGG-ON, § 15 Rz 65; siehe Pkt III.2.

[294] Siehe Pkt II.3.3.2.

[295] Siehe Pkt II.3.3.2. und II.4.3.

[296] *H. Foglar-Deinhardstein* in *H. Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG[2], § 81 Rz 30; *ders* in *Rastegar/Rastegar/Rastegar*, FlexKapGG-ON, § 15 Rz 64; *ders* in *Napokoj/H. Foglar-Deinhardstein/Pelinka*, AktG, § 65 Rz 31; *H. Foglar-Deinhardstein/Trettnak*, RWZ 2014, 11.

[297] *H. Foglar-Deinhardstein* in *H. Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG[2], § 81 Rz 30; *ders* in *Rastegar/Rastegar/Rastegar*, FlexKapGG-ON, § 15 Rz 64; *ders* in *Napokoj/H. Foglar-Deinhardstein/Pelinka*, AktG, § 65 Rz 31.

ausreichend freier Mittel bis spätestens zur Durchführung des Verfügungsgeschäfts ist uE möglich.[298]

Das Überschreiten der Kapitalgrenze – oder ein sonstiges Verfehlen der gesetzlichen Voraussetzungen für den Erwerb eigener Anteile nach dem jeweils anwendbaren Recht[299] oder schlicht die angesichts der Barabfindungsverbindlichkeiten drohende Liquiditätsbelastung[300] – können es erforderlich machen, dass als Barabfindungsschuldner ein Dritter (zB ein direkter oder indirekter Anteilseigner) in die Bresche springt,[301] soweit dies nach dem Recht des Wegzugsstaates zulässig ist. Die Kapitalgrenze bleibt freilich – unter der Voraussetzung, dass österreichisches Recht überhaupt einschlägig ist[302] – naturgemäß dann anwendbar, wenn der dritte Barabfindungsschuldner auf Rechnung der Gesellschaft leistet oder ein Tochterunternehmen der Gesellschaft ist.[303]

IV. Conclusio

Bei der grenzüberschreitenden Umwandlung (Sitzverlegung) steht den dissentierenden Anteilseignern das Recht auf Austritt gegen angemessene Barabfindung zu. Aus Art 86i der Gesellschaftsrechtsrichtlinie folgt, dass der österreichische Gesetzgeber für die Festlegung des Rechts auf Austritts gegen Barabfindung nur im Falle der Export-Umwandlung aus Österreich hinaus zuständig ist. Demgegenüber liegt die korrespondierende Kompetenz für die Konstellation der Import-Umwandlung nach Österreich herein beim Gesetzgeber des jeweiligen Wegzugsmitgliedstaates.

§ 17 EU-UmgrG setzt für den Fall der Export-Umwandlung (Export-Sitzverlegung) Art 86i Abs 1 bis 3 der Gesellschaftsrechtsrichtlinie ins österreichische Recht um. Vom Gesetz wird zwingend ein abstraktes gesetzliches Recht für jeden Anteilseigner normiert, anlässlich einer grenzüberschreitenden Export-Umwandlung seine Beteiligung gegen baren Wertausgleich durch einen gesetzlich determinierten Vertrag abstoßen zu können. Der Steller des Barabfindungsangebots, der im Falle der Annahme dem austretenden Minoritär die Barabfindung schuldet, kann (muss aber nicht) mit dem Erwerber der Beteiligung des austretenden Anteilseigners identisch sein.

Der Vollzug des Austritts durch Leistung der Barabfindung gegen Übertragung der Beteiligung erfolgt uE (unmittelbar) nach Eintritt der Rechtswirkungen der Sitzverlegung, sodass die Anteilseigner noch kurz Anteilseigner der umgewandelten – nunmehr ausländischen – Gesellschaft werden.

Durch Annahme des Barabfindungsangebots (Ausübung des Gestaltungsrechts) kommt ein Rechtsgeschäft zustande, wobei innerhalb dieses Rechtsgeschäfts zwischen dem Anspruch auf Zahlung einer angemessenen Barabfindung einerseits und der Verpflichtung auf Übertragung der Anteile des ausscheidenden Anteilseigners andererseits zu unterscheiden ist. Der Barabfindungsanspruch unterliegt bei der Export-Sitzverlegung, unabhängig davon, ob er sich gegen die Gesellschaft oder gegen einen Dritten richtet, uE zwingend österreichischem Recht. Demgegenüber richtet sich die Frage, ob und wie ein Erwerb der Beteiligung des ausscheidenden Anteilseigners durch den vorgesehenen Erwerber rechtlich möglich ist, einerseits hinsichtlich der einzuhaltenden Formvorschriften und Übertragungsvoraussetzungen nach dem auf die zu übertragenden Anteile zum Zeitpunkt der Übertragung anwendbaren Recht und andererseits hinsichtlich der vom Erwerber selbst einzuhaltenden Voraussetzungen (insb zur Kapitalerhaltung und zum Erwerb eigener Anteile) grundsätzlich nach dem Personalstatut des präsumtiven Erwerbers. Ist die Gesellschaft selbst als Erwerber vorgesehen, ist für die vom Erwerber einzuhaltenden Anforderungen uE prinzipiell das Recht des Zuzugsstaates relevant, weil der Erwerb grundsätzlich ja erst nach Wirksamwerden der Sitzverlegung stattfindet. Österreichisches Recht ist uE (nur) dann relevant, wenn der Erwerb der Anteile einvernehmlich noch vor Wirksamkeit der Sitzverlegung durchgeführt werden kann.

Die Verzinsung der Barabfindung ist – mangels einer dahin gehenden Regelung im EU-UmgrG – umstritten. UE ist die Frage durch analoge Anwendung von § 2 Abs 2 GesAusG zu beantworten. Daher ist uE die Barabfindung gem § 17 EU-UmgrG ab dem der Beschlussfassung durch die Gesellschafterversammlung folgenden Tag bis zur Fälligkeit mit jährlich 2 % über dem jeweils geltenden Basiszinssatz zu verzinsen. Entsprechend der Rspr zur Barabfindung gem GesAusG sind uE ab Fälligkeit bis zur Zahlung Zinsen in Höhe von 4 % (§ 1000 ABGB) geschuldet. § 465 UGB ist nicht anwendbar.

Bei der Import-Sitzverlegung ist uE – spiegelverkehrt zur Export-Sitzverlegung – auf den Barabfindungsanspruch zwingend das Recht des jeweiligen Wegzugsstaates anzuwenden. Demgegenüber richtet sich die Frage, ob und wie ein Erwerb der Beteiligung des ausscheidenden Anteilseigners durch die umgewandelte Gesellschaft möglich ist, einerseits hinsichtlich der einzuhaltenden Formvorschriften und Übertragungsvoraussetzungen nach dem auf die zu übertragenden Anteile zum Zeitpunkt der Übertragung anwendbaren Recht und andererseits hinsichtlich der vom Erwerber selbst einzuhaltenden Voraussetzungen (insb zur Kapitalerhaltung und zum Erwerb eigener Anteile) grundsätzlich nach dem Personalstatut des präsumtiven Erwerbers, somit idR nach österreichischem Recht, sofern der Erwerb der Anteile nicht einvernehmlich noch vor Wirksamkeit der Sitzverlegung durchgeführt wird, wodurch allenfalls die Anwendbarkeit des Rechts des Wegzugsstaates erreicht werden kann.

[298] *H. Foglar-Deinhardstein* in *Rastegar/Rastegar/Rastegar*, FlexKapGG-ON, § 15 Rz 25.
[299] Siehe Pkt II.2.2. und II.4.4.
[300] Siehe Pkt II.4.3.
[301] *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 43; Obradović in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 40 Rz 27.
[302] Siehe Pkt III.2.
[303] *A. Gassner/Winner* in *Talos/Winner*, EU-UmgrG, § 17 Rz 43; vgl auch *H. Foglar-Deinhardstein* in *H. Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG², § 81 Rz 38.