

22.12.2011, 6 Ob 224/11a; 19.3.2015, 6 Ob 10/15m) und begründet das Ergebnis in erster Linie mit Rechtssicherheitswägungen sowie dem Wortlaut des § 40 Abs 4 FBG, wonach eine Abwicklung stattzufinden habe, wenn sich nach der Löschung Vermögen herausstellt (OGH 20.5.1999, 6 Ob 330/98t). Fraglich ist allerdings, inwiefern der „Anschein der Beendigung der Gesellschaft“ (OLG Frankfurt 10.6.2013, 20 W 306/11) die Rechtssicherheit in besonderer Weise gefährden soll. Zentrales Anliegen des § 40 FBG ist die Löschung einer vermögenslosen Gesellschaft aus dem Firmenbuch. Damit ist dem Verkehrsschutz unter dem Gesichtspunkt der Publizität aber bereits ausreichend Genüge getan. Der Neugläubiger wird vor der Aufnahme einer Geschäftsbeziehung mit einer nur noch „auf dem Papier“ existierenden Gesellschaft geschützt (Knaier in Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG⁴ [2023] § 60 Rz 278a, der auch darauf verweist, dass die Löschung quer zu den Interessen der Altgläubiger steht, da Entdeckungs- und Zugriffschancen auf womöglich doch noch vorhandenes Vermögen verringert werden). Ob unterhalb dieser Sichtbarkeitschwelle die Rechtspersönlichkeit fortbesteht, weil Vermögen nicht entdeckt wurde, beinhaltet kaum Gefährdungspotenzial (zur Unschädlichkeit einer allenfalls von aller Welt unbemerkten Fortexistenz auch *Haberer/Zehetner* in *Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG, § 93 Rz 34). Ein Geschäftsabschluss mit einer gelöschten Gesellschaft oder der Erwerb eines Geschäftsanteils an einer solchen stellt keinen typischen Vorgang dar, zumal im letzteren Fall auch klar sein muss, dass die Geltendmachung von Gesellschafterrechten eine Eintragung voraussetzt (vgl § 78 GmbHG).

Gewicht hat hingegen das Argument, dass bei neuerlicher Eintragung der „leere Mantel“ durch einfachen Fortsetzungsbeschluss und unter Umgehung der Gründungsvorschriften in die Lage versetzt würde, wieder am Geschäftsverkehr teilzunehmen (Knaier in Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG⁴, § 60 Rz 254; M. F. Müller in Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG⁴, § 75 Rz 56). Auch Zib (in Zib/Dellinger, UGB I/1 [2010] § 9 FBG Rz 3 und § 40 FBG Rz 1) betont, dass eine Fortsetzungsmöglichkeit bei hervorkommendem Vermögen den Normzweck des § 40 FBG (Beseitigung vermögensloser Kapitalgesellschaften aus dem Rechtsverkehr zum Schutz der Gläubiger vor der Aufnahme von Geschäftsbeziehungen mit nur noch ein Scheindasein führenden Gesellschaften) in der Praxis beträchtlich aushöhlen würde. Dies spricht *prima facie* dafür, dass bei einem späteren Hervorkommen von Vermögen lediglich die Liquidation der Gesellschaft fortgesetzt werden kann. IdZ ist allerdings auf ein Spannungsverhältnis hinzuweisen: Bei Auflösung der Gesellschaft infolge Ablehnung des Konkurses mangels Masse (§ 39 FBG) wird nämlich die Fortsetzung der Gesellschaft für möglich gehalten (Zib in Zib/Dellinger, UGB I/1, § 9 FBG Rz 3). Auch dort ist der Verkehr mit der Fortsetzung eines vermögensmäßig schwach ausgestatteten Vehikels konfrontiert. Daher ist diese nach hL nur nach Vorlage eines „unverdächtigen Vermögensstatus“ einzutragen, der dokumentiere, dass ein Konkursöffnungsgrund nicht (mehr) vorliege (Zib in Zib/Dellinger, UGB I/1, § 9 FBG Rz 3; Jennewein, FBG [2020] § 39 Rz 9). Dasselbe Argument könnte nun auch im Hinblick auf einen allfälligen Fortsetzungsbeschluss im Stadium der Nachtragsliquidation ins Treffen geführt werden. Ein solcher Beschluss hätte die Wiedereintragung ins Firmenbuch zur Folge. Diese wäre dann aber ebenfalls von einer Prüfung durch das Firmenbuchgericht abhängig (die Möglichkeit eines Fortsetzungsbeschlusses aus diesem Grund bejahend *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ [2007] § 84 Rz 29 ff und § 93 Rz 15). In Deutschland halten einzelne Literaturstimmen eine Fortsetzung im Stadium der Nachtragsliquidation zumindest dann für möglich, wenn das Vermögen den Betrag des Mindeststammkapitals erreicht (*Eickelberg* in *Sternal*, FamFG²¹ [2023] § 394 Rz 53; allgemein auch *U. Haas* in *Noack/Servatius/Haas*, GmbHG²³ [2022] § 66 Rz 42; vgl aber BGH 25.1.2022, II ZB 8/21, NZG 2022, 748 [Metzen]). Grundsätzlich könnte daher auch im Stadium der Nachtragsliquidation sichergestellt werden, dass der Normzweck des § 40 FBG bei Fortsetzung der Gesellschaft nicht unterlaufen wird. Woher die Mittel für die Fortsetzung kommen, ob durch eine Finanzspritze des Gesellschafters (§ 39 FBG) oder durch nachträgliches Auffinden von Vermögen (§ 40 FBG), sollte ebenso wenig eine Rolle spielen

wie die durch die zwischenzeitliche Eintragung der Löschung bewirkte Publizität.

Patrick Warts

Assoz. Univ.-Prof. MMag. DDr. Patrick Warts lehrt am Fachbereich Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Universität Salzburg.

★

Gesellschafterausschluss: Keine Aktivlegitimation einer auf Nachbesserungsrechte spezialisierten Beteiligungsgesellschaft für behauptete Schadenersatzansprüche gegen den Hauptgesellschafter

§§ 2, 5 und 6 GesAusG

§§ 225c ff AktG

1. Das verbriefte Nachbesserungsrecht ist ein reines Forderungspapier. Die verbrieften Nachbesserungsrechte umfassen den Anspruch auf eine potenzielle Nachzahlung, dessen Bestand und Höhe im Barabfindungsverfahren ermittelt werden.

2. Beim Handel mit Nachbesserungsrechten liegt eine Wette auf den Ausgang des laufenden Preisüberprüfungsverfahrens vor.

OGH 18.4.2023, 6 Ob 71/22t (OLG Wien 2 R 122/21g;

HG Wien 18 Cg 26/20t)

[1] Die im März 2011 gegründete Klägerin ist eine (ua) auf Nachbesserungsrechte spezialisierte Beteiligungsgesellschaft. Die Beklagte war Hauptaktionärin der B. AG. Die Hauptversammlung der B. AG beschloss ... 2007, die Streubesitzaktionäre über ein Squeeze-out-Verfahren durch Zahlung einer Barabfindung aus der Gesellschaft auszuschließen. Die Klägerin war zum Zeitpunkt des Gesellschafterausschlusses nicht Aktionärin der B. AG.

[2] Einige (nach dem GesAusG ausgeschlossene) „Großaktionäre“ der B. AG bekämpften den Squeeze-out-Beschluss mit Anfechtungsklage. Die Beklagte schloss mit diesen „Großaktionären“ einen Vergleich, wonach die Beklagte sich ua verpflichtete, einem dieser „Großaktionäre“ eine Pauschalzahlung von insgesamt 14 Mio € zu bezahlen. Mit Aktienkaufvertrag zwischen der Beklagten und der „Großaktionärin“ wurde vereinbart, dass Letztere alle Aktien der B. AG, mit Ausnahme einer Aktie, an die Beklagte verkauft. Der Aktienkaufvertrag stand unter der aufschiebenden Bedingung der Eintragung des Gesellschafterausschlussbeschlusses im Firmenbuch und der Beendigung des Beschlussanfechtungsverfahrens sowie eines Verfahrens vor der ÜbK.

[3] Nach aufgrund dieses Vergleichs erfolgter Beendigung des Beschlussanfechtungsverfahrens wurde der Beschluss über den Gesellschafterausschluss mit Wirkung ... 2008 im Firmenbuch eingetragen. Der Anspruch auf Barabfindung in Höhe von 129,40 € je Stück Inhaberkarte wurde durch ein Anspruchszertifikat mit einer eigenen ISIN verbrieft und die Barabfindung am 6.8.2008 im Gesamtbetrag von 137,94 € pro Aktie zur Auszahlung gebracht.

[4] Beim HG Wien wurde betreffend diesen Gesellschafterausschluss ein Verfahren zur Überprüfung der Barabfindung anhängig gemacht, welches noch nicht abgeschlossen ist und die Relevanz des Vergleichs der Beklagten mit dem „Großaktionär“ und eine behauptete Verletzung der Gleichbehandlungspflicht durch die Beklagte ebenfalls zum Gegenstand hat.

[5] Aufgrund der Einleitung des Verfahrens zur Überprüfung der Barabfindung wurde jedem Aktionär ein Wertpapier mit ISIN ... (= Nachbesserungsrecht) eingebucht. Eine Investmentbank richtete an alle „Inhaber von Nachbesserungsrechten der B. AG“ ein öffentliches Angebot zum Erwerb von Nachbesserungsrechten mit der ISIN ... „einschließlich sämtlicher damit zum Zeitpunkt der Abwicklung des Angebots verbundener Rechte“. Es steht nicht fest, ob die Investmentbank die Nachbesserungsrechte von ursprünglichen Aktionären oder von Erwerbern der

Nachbesserungsrechte erworben hat. Die Klägerin erwarb am 2.10.2018 von der Investmentbank solche Nachbesserungsrechte der B. AG zum Preis von je 2 €. Gem Pkt 4. dieses Kaufvertrages sollen das Eigentum an den verkauften Nachbesserungsrechten sowie alle damit verbundenen Rechte und Pflichten auf den Käufer übergehen, so wie diese an die Investmentbank übertragen wurden.

[6] Die Klägerin begehrt die Zahlung von 34.667,60 € sA und brachte vor, die „Großaktionärin“ habe aufgrund der Vergleiche und Aktienkaufverträge unter Verletzung des Gleichbehandlungsgebots Aufzahlungen auf die Barabfindung erhalten, was erst 2018 offengelegt worden sei. Der Klägerin stehe die gleiche Aufzahlung zu, wie sie diese meistbegünstigte „Großaktionärin“ erhalten habe, sohin ein Mehrbetrag von je 15,758 € für hier geltend gemachte 2.200 Nachbesserungsrechte. Die Klägerin habe aus den aktienrechtlichen Vorschriften einen Anspruch auf Gleichbehandlung, dessen Verletzung die Hauptaktionärin schadenersatzpflichtig mache. Der Erwerb der Nachbesserungsrechte umfasse auch den Erwerb der Schadenersatz- und sonstigen Ansprüche der ursprünglichen Aktieninhaber.

[7] Die Beklagte ... wandte zusammengefasst ein, die Vergleiche mit dem „Großaktionär“ beträfen Verfahren, die bereits vor Einleitung des Barabfindungsverfahrens anhängig gewesen seien, und könnten daher keine *Erga-omnes*-Wirkung haben. Die Vergleichszahlungen hätten allein der Bewältigung der Risiken mit den eingeleiteten Rechtsschritten der aktiven Kläger gedient. Erst dadurch sei der Squeeze-out möglich geworden, ohne den die Beklagte nicht von den Vorteilen der strafferen Konzernführung und des mittlerweile umgesetzten Delistings profitieren hätte können. Daraus seien keine Rückschlüsse auf den inneren Wert der Aktien zu ziehen. Gegenleistung für die Vergleichszahlungen seien die Klagsrücknahmen in den anhängigen Verfahren gewesen. Die Klägerin oder andere Aktionäre hätten keine solche ökonomisch werthaltige Position innegehabt. Eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung anderer Aktionäre oder der Klägerin liege nicht vor. Ein allenfalls bestehendes Gleichbehandlungsgebot gelte nicht für die Klägerin, die im Zeitpunkt des Gesellschafterausschlusses nicht Aktionärin gewesen sei. Allfällige (von der Beklagten bestrittene) Ansprüche wegen Verletzung einer aktionärsrechtlichen Gleichbehandlung seien in den von der Klägerin erworbenen Wertpapieren nicht verbrieft und auch sonst nicht übertragen worden, sondern habe die Klägerin nur Nachzahlungsrechte erworben.

► [8] Das Erstgericht ... wies das Klagebegehren ab. ...

► [9] Das Berufungsgericht bestätigte dieses Urteil. Erst durch die rechtskräftige Entscheidung im Überprüfungsverfahren werde der Beschlussinhalt des Ausschlussbeschlusses hinsichtlich der Höhe der geschuldeten Barabfindung angepasst. Die rechtskräftige Entscheidung im Überprüfungsverfahren sei damit Voraussetzung der Geltendmachung des individuellen, ziffernmäßig bestimmten Anspruchs auf bare Zuzahlung durch den einzelnen ausgeschlossenen Minderheitsgesellschafter. Es könne dahingestellt bleiben, ob die Vergleichszahlung gem § 2 GesAusG im außerstreitigen Verfahren zur Überprüfung der Angemessenheit der Abfindung Berücksichtigung finden könne. Wenn der Vergleichszahlung eine Erhöhungswirkung für die Abfindung gem § 2 Abs 2 GesAusG zukäme und der Erhöhungsbetrag demnach im Überprüfungsverfahren auszumitteln wäre, fehlte es der Klägerin an einer im Überprüfungsverfahren ergangenen rechtskräftigen Entscheidung, mit der die Änderung des Gesellschafterbeschlusses über die Barabfindung herbeigeführt werde, also an der Anspruchsvoraussetzung für die nachfolgende individuelle Durchsetzung. Wenn die Zahlung kein Gegenstand des Überprüfungsverfahrens sei und die Klägerin Ansprüche außerhalb der §§ 2 und 6 GesAusG geltend mache, dann habe sie allein mit den nur im Hinblick auf das Verfahren zur Überprüfung der Barabfindung emittierten Nachbesserungsrechten solche Ansprüche nicht erworben. Der Klägerin fehlte es diesfalls an der Aktivlegitimation. Zudem sei eine rechtswidrige Ungleichbehandlung von Aktionären, die eine Anfechtungsklage erhoben haben, und solchen, die das nicht getan haben, nicht ersichtlich.

[10] Das Berufungsgericht sprach aus, dass die ordentliche Revision zulässig sei. Es fehle höchstgerichtliche Rspr zur Frage, ob sich

eine Vergleichszahlung zwecks Rücknahme der Beschlussanfechtungsklage auf die Abfindung gem § 2 GesAusG, auf das Überprüfungsverfahren nach § 6 Abs 2 GesAusG iVm §§ 225c ff AktG oder auf sonstige Weise zugunsten der anderen ausgeschlossenen Minderheitsgesellschafter auswirke.

► Der OGH gab der Revision der Klägerin nicht Folge.

Aus den Entscheidungsgründen des OGH:

[11] Die Revision der Klägerin ist aus den vom Berufungsgericht genannten Gründen zulässig; sie ist aber nicht berechtigt.

[12] 1.1. Gem § 5 Abs 4 GesAusG verbriefen, sofern Wertpapiere über Anteilsrechte ausgegeben sind, diese ab dem Zeitpunkt der Eintragung des Beschlusses über den Gesellschafterausschluss nur mehr den Anspruch auf Barabfindung. Aus einem Mitgliedschaftspapier wird ein Forderungspapier (*Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³, § 5 GesAusG Rz 23).

[13] 1.2. Das Gesetz verpflichtet nicht dazu, die Ansprüche auf eine potenzielle Nachbesserung der Barabfindung zu verbiefen. Die Ausgabe eines diesbezüglichen mit einer internationalen Wertpapierkennnummer (ISIN) ausgestatteten Wertpapiers geschieht bei börsennotierten Gesellschaften aber regelmäßig, weil die Ansprüche auf potenzielle Nachbesserung andernfalls nur schwer administrierbar wären, insb weil die Inhaber der Ansprüche auf Nachbesserung ebenso wie die ursprünglichen Aktionäre aufgrund des anonymen Wertpapierhandels der Gesellschaft großteils unbekannt sind. (Auch) das verbiefte Nachbesserungsrecht ist ein reines Forderungspapier. Entgegen der Auffassung der Revision verbrieft es nicht sämtliche aufgrund des Ausschlusses bestehenden Ansprüche eines ausgeschlossenen Aktionärs, insb gegenüber dem Hauptgesellschafter, sondern lediglich den Anspruch auf eine eventuelle Nachzahlung der Barabfindung auf Basis des Ergebnisses des Überprüfungsverfahrens oder eines dort gerichtlich genehmigten Vergleichs. Die verbrieften Nachbesserungsrechte umfassen somit den Anspruch auf eine potenzielle Nachzahlung, dessen Bestand und Höhe im Barabfindungsverfahren ermittelt werden (*Zottl/Kohlmaier*, Verbrieftes Nachbesserungsrechte in Barabfindungsverfahren, *GesRZ* 2022, 201 [203 f]; *Zottl/Pendl*, Die Überprüfung der Barabfindung, *GesRZ* 2019, 216 [226]). Die Inhaber der Nachbesserungszertifikate können dann die festgestellte Zuzahlung geltend machen (*Kalss*, aaO, § 6 GesAusG Rz 23). Eine mögliche Nachzahlung ist erst nach rechtskräftiger Beendigung des Überprüfungsverfahrens auszuzahlen (6 Ob 246/20z, Pkt 2.5.; *Zottl/Kohlmaier*, *GesRZ* 2022, 203).

[14] 1.3. Mit dem bloßen Kauf der Nachbesserungszertifikate hat die Klägerin daher keine Schadenersatzansprüche ausgeschlossener Aktionäre gegenüber der Beklagten erworben.

[15] 2.1. Auf eine gesonderte rechtsgeschäftliche (allenfalls konkludente) Abtretung solcher Schadenersatzansprüche kommt die Revision ohnehin nicht mehr zurück. Eine solche läge aber auch nicht auf der Hand. Ehemalige Gesellschafter, die bereits die Barabfindung erhalten haben, aber das Ergebnis des Überprüfungsverfahrens (und damit die gerichtliche Feststellung einer möglichen Zuzahlung) nicht abwarten wollen, können ihren Anspruch auf die mögliche Nachbes-

serung monetarisieren. Dem Verkauf und der Übertragung solcher Nachbesserungsrechte wohnt stets ein gewisses spekulatives Element inne: Wenn ein Erwerber bereit ist, einen bestimmten Betrag pro Nachbesserungsrecht zu bezahlen, so gibt er damit seine Erwartung zu erkennen, dass das Gericht am Ende des Verfahrens einen höheren Betrag gewähren wird; er nimmt aber auch das Risiko in Kauf, dass das Gericht die Angemessenheit der Barabfindung feststellt und damit keinerlei Nachzahlung erfolgt oder das Gericht eine geringere Zuzahlung ermittelt. Der Veräußerer hingegen akzeptiert diesen Betrag mit dem Wissen, dass das Gericht am Ende des Verfahrens möglicherweise eine höhere, eine geringere oder gar keine Nachzahlung feststellen wird; dem Veräußerer ist es im Regelfall wichtig, dass er seinen potenziellen Anspruch rechtzeitig versilbern kann und er den von ihm gewünschten Betrag mit Sicherheit, dh Zug um Zug gegen Umbuchung der Nachbesserungsrechte, erhält. Beim Handel mit Nachbesserungsrechten liegt daher eine Wette auf den Ausgang des laufenden Preisüberprüfungsverfahrens vor (Zottl/Kohlmaier, GesRZ 2022, 202 f). Selbst bei der erstmaligen Übertragung eines verbrieften Nachbesserungsrechts gehen die Vertragsparteien somit im Regelfall nicht davon aus, dass mit der Übertragung des Wertpapiers schlüssig auch andere Ansprüche des ehemaligen Aktionärs als jene auf eine eventuelle Nachzahlung der Barabfindung auf Basis des Ergebnisses des Überprüfungsverfahrens auf den Erwerber übergehen sollen.

[16] 2.2. Auch aus der Wendung, wonach die Nachbesserungszertifikate einschließlich sämtlicher damit verbundener Rechte Vertragsgegenstand sein sollten, wäre im vorliegenden Fall nichts Gegenteiliges abzuleiten, weil mit den Nachbesserungszertifikaten zwar das Recht auf Auszahlung der sich aus dem Überprüfungsverfahren ergebenden Zuzahlung verbunden war, nicht aber Schadenersatzansprüche gegen den Hauptaktionär, etwa wegen allfälliger Verletzung des Gleichbehandlungsgebots (siehe Pkt 1.2.).

[17] 3. Zutreffend haben daher die Vorinstanzen erkannt, dass es der Klägerin an der Aktivlegitimation für die Geltendmachung der behaupteten Schadenersatzansprüche fehlt. Schon deshalb ist der Revision ein Erfolg zu versagen.

4. ...

Anmerkung:

1. Der Gesellschafterausschluss bei der Bank Austria im Jahr 2008 könnte salopp als die „Mutter aller Squeeze-outs“ bezeichnet werden: Er war nämlich der erste Squeeze-out bei einer börsennotierten Gesellschaft, der nach Inkrafttreten des GesAusG im Firmenbuch eingetragen wurde. Außerdem ist das Verfahren, das gem § 6 Abs 2 GesAusG iVm §§ 225c ff AktG zur Überprüfung der im Zuge dieses Squeeze-outs gewährten Barabfindung eingeleitet worden ist, nach 15 Jahren immer noch anhängig. Und schließlich wurden iZm diesem Squeeze-out eine Fülle höchstgerichtlicher Entscheidungen herbeigeführt.¹ Die hier zu besprechende Entscheidung ist nun die aktuellste OGH-Entscheidung in dieser Serie zum Bank Austria-Squeeze-out.

2.1. Der Anteilseigner einer Kapitalgesellschaft, der eine Beteiligung von zumindest 90 % des Nennkapitals in seiner Hand vereinigt, gilt

grundsätzlich als Hauptgesellschafter iSv § 1 GesAusG und kann auf Basis des GesAusG verlangen, dass die Anteilseignerversammlung den Ausschluss (Squeeze-out) aller übrigen Anteilseigner aus der Gesellschaft beschließt. Mit Eintragung des Squeeze-out-Beschlusses ins Firmenbuch gehen die Anteile der Minderheit automatisch auf den Hauptgesellschafter über, der im Gegenzug den ausgeschlossenen Anteilseignern eine „angemessene Barabfindung“ iSv § 2 GesAusG schuldet.²

2.2. Grundsätzlich hat jeder ausgeschlossene Anteilseigner für die gleiche Beteiligung die gleiche Barabfindung zu erhalten, sodass es zu keiner offenen oder verdeckten Besserstellung einzelner Anteilseigner kommen darf. Dieses Gleichbehandlungsprinzip kann zwar nicht aus § 47a AktG abgeleitet werden, weil diese Bestimmung nur vertikal im Verhältnis zwischen Gesellschaft und Anteilseignern gilt, aber nicht horizontal auf Ebene der Anteilseigner und somit auch nicht in der Beziehung des Hauptgesellschafters zu den Minderheitsgesellschaftern. Die Gleichbehandlungspflicht erschließt sich jedoch aus § 2 Abs 1 letzter Satz GesAusG *e contrario*, § 6 Abs 2 GesAusG iVm § 225i Abs 1 AktG und den gesellschaftsrechtlichen Treuepflichten zwischen Anteilseignern.³

2.3. § 6 Abs 1 GesAusG verbietet, eine Anfechtungsklage gegen den Squeeze-out-Beschluss auf die Behauptung zu stützen, die Barabfindung sei vom Hauptgesellschafter zu niedrig festgesetzt worden. Die Überprüfung der Angemessenheit der Barabfindung ist nämlich durch § 6 Abs 2 GesAusG iVm §§ 225c ff AktG in ein eigenes außerstreitiges Nachprüfungsverfahren verwiesen, das erst nach Firmenbucheintragung des Squeeze-outs eingeleitet werden kann.⁴ Im Ergebnis wird damit verhindert, dass ausgeschlossene Minderheitsgesellschafter mit der Behauptung der Unangemessenheit der Barabfindung die Firmenbucheintragung des Squeeze-outs im Wege der Anfechtungsklage blockieren könnten.⁵

2.4. Eine Blockade des Gesellschafterausschlusses kann also nur durch eine Anfechtungsklage gelingen, die ein Minderheitsgesellschafter gegen die Gesellschaft erhebt, wobei der Anfechtungsgrund nichts mit der Höhe der Barabfindung zu tun haben darf. Der Streit über die Höhe der Barabfindung findet hingegen nach Wirksamwerden des Squeeze-outs im Nachprüfungsverfahren statt. Das Gegenüber der (vormaligen) Minderheitsgesellschafter ist im Überprüfungsverfahren – anders als im Anfechtungsverfahren – nicht die Gesellschaft, sondern der Hauptgesellschafter.

2.5. Denkbar sind neben Anfechtungs- und Überprüfungsverfahren ferner auch Schadenersatzprozesse gegen den Hauptgesellschafter.

² Die angemessene Barabfindung ergibt sich – jedenfalls bei der AG – grundsätzlich aus dem anteiligen Unternehmenswert, der auf die Beteiligung des ausgeschlossenen Anteilseigners entfällt; OGH 12.5.2021, 6 Ob 246/20z, GesRZ 2021, 241 (H. Foglar-Deinhardstein/Aichinger und Vanovac/Löffler) = ZFR 2021/244 (Hubcheva); 6.8.2021, 6 Ob 113/21t. ME ist der Börsenkurs beim Squeeze-out gem § 1 GesAusG keine starre Untergrenze für die Barabfindung, sondern nur, aber immerhin ein bedeutsamer Wertindikator; vgl H. Foglar-Deinhardstein/Aichinger, Angemessene Barabfindung bei Squeeze-out: OLG Wien fasst heiße Eisen an, GesRZ 2021, 74 (76 ff und 82 [mit Nachweisen auch zur Gegenansicht]); vgl auch Eckert/Schopper in Eckert/Schopper, AktG-ON (2021) § 220 Rz 14. Auch die Preise aus Vorerwerben bilden keine absolute Untergrenze (so aber Told, Angemessene Barabfindung und zeitnahe Transaktionen, GES 2022, 108), zumal § 1 GesAusG nicht an den Vorgaben der Übernahmerrichtlinie (Richtlinie 2004/25/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.4.2004 betreffend Übernahmeangebote, ABl L 142 vom 30.4.2004, S 12) zu messen ist (vgl OGH 23.4.2020, 6 Ob 56/20h, GesRZ 2020, 356 [H. Foglar-Deinhardstein] = ZFR 2020/222 [A. Gassner]) und sich der Unternehmenswert zum Zeitpunkt des Squeeze-outs naturgemäß ganz anders darstellen kann als zum Zeitpunkt der Vortransaktion; vgl H. Foglar-Deinhardstein, GesRZ 2013, 164 (166 f).

³ Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³ (2021) § 2 GesAusG Rz 20 und 23 f; Eckert/Schopper/Wöss in Eckert/Schopper, AktG-ON, § 225i Rz 2; H. Foglar-Deinhardstein/Aichinger, GesRZ 2021, 81; Hlawati/Glas/H. Foglar-Deinhardstein/Aichinger, Squeeze-out: Spatz in der Hand statt Taube auf dem Dach? GesRZ 2016, 29 (36 f).

⁴ OGH 12.5.2021, 6 Ob 246/20z, Rn 21; dazu auch Rüffler, Zur Verzinsung der Barabfindung und zugesprochenerbarer Zuzahlungen gemäß § 6 GesAusG, GesRZ 2021, 209; zum rechtsökonomischen Zweck der Trennung von Anfechtungs- und Nachprüfungsverfahren H. Foglar-Deinhardstein, Ein neuer Ernstlichkeitsfilter beim Squeeze-out, GES 2018, 14 (15).

⁵ Freilich kann die Minderheit auch im Nachprüfungsverfahren immer noch einen gehörigen „Lästigkeitswert“ (OGH 24.10.2016, 6 Ob 169/16w) mobilisieren; vgl H. Foglar-Deinhardstein, GES 2018, 15 f; Zottl/Pendl, Die Überprüfung der Barabfindung, GesRZ 2019, 216 (217 f und 220 f).

¹ VfGH 14.6.2017, G 26/2017; OGH 10.7.2008, 6 Nc 9/08p; 18.2.2010, 6 Ob 221/09g, GesRZ 2010, 228 (Ofner) = EvBl 2010/92 (Garber); 17.2.2014, 4 Ob 197/13v, eolcx 2014/243 (Petsche/A. Zollner); 11.9.2015, 6 Ob 164/15h; 22.3.2016, 5 Ob 30/16x; 27.9.2016, 6 Ob 31/16a, GesRZ 2017, 54 (H. Foglar-Deinhardstein); 27.9.2016, 6 Ob 32/16y; 17.1.2019, 5 Ob 63/18b.

Grundsätzlich kommen nämlich schadenersatzrechtliche Ansprüche der ausgeschlossenen Minderheit in Betracht, sofern im Zuge der Durchführung des Squeeze-outs Gesetzesvorschriften, die als Schutzgesetze zu qualifizieren sind, und/oder Treuepflichten, die den Hauptgesellschafter gegenüber den anderen Anteilseignern treffen, verletzt wurden.⁶ Eine Verletzung der vorhin genannten Gleichbehandlungspflicht durch den Hauptgesellschafter könnte daher grundsätzlich in Schadenersatzansprüchen der negativ diskriminierten Minderheitsgesellschafter resultieren.⁷

2.6. Da bei nahezu jedem Gesellschafterausschluss ein Verfahren zur Überprüfung der Barabfindung durchgeführt wird, und im Falle eines solchen Verfahrens idR mit Nachzahlungen der Hauptgesellschafterin an die ausgeschlossenen Minderheitsanteilseigner zu rechnen ist, wird bei börsennotierten Gesellschaften über die (potenziellen) Ansprüche auf Nachzahlung ein Anspruchszertifikat in Form einer Sammelurkunde ausgestellt; diese Verbriefung ermöglicht die Einbuchung der Ansprüche als Wertrechte auf den Wertpapierdepots der ausgeschlossenen Aktionäre.⁸ Der eigentliche Grund für diesen Usus liegt darin, dass bei einer bis zur Durchführung des Squeeze-outs bestehenden Börsennotierung der Großteil der ausgeschlossenen Minderheitsaktionäre sowohl der Gesellschaft als auch dem Hauptgesellschafter unbekannt und für diese auch gar nicht identifizierbar ist. Die Ausschüttung einer allfälligen Nachzahlung auf die Barabfindung kann daher sinnvollerweise nur über das Bankensystem erfolgen: Der Hauptgesellschafter zahlt die Gesamtsumme der gegebenenfalls geschuldeten Zuzahlung bei der Zahlstelle ein. Die individuelle Auszahlung des dem jeweiligen Gläubiger zustehenden Teilbetrags führt die Zahlstelle über die depotführenden Kreditinstitute Zug um Zug gegen Einlieferung der Wertrechte aus den Wertpapierdepots durch.

2.7. Als Nebeneffekt ergibt sich freilich die Handelbarkeit der Nachzahlungsansprüche, die für gewöhnlich zu einem durchaus schwunghaften Handel mit diesen Ansprüchen führt.⁹ Dahinter steht eine simple (Kapital-)Marktlogik:¹⁰ Jeder ausgeschlossene Minderheitsaktionär verfügt über Nachzahlungsansprüche im Wert von je ≥ 0 . Bietet ihm ein Dritter einen Kaufpreis, der die vom Minderheitsaktionär erwartete Nachzahlung übersteigt, so ist es rational, den Nachzahlungsanspruch an diesen Dritten zu verkaufen. Der Dritte bietet den höheren Preis, weil er entweder selbst auf eine höhere Nachzahlung hofft oder aber Möglichkeiten sieht, den Nachzahlungsanspruch wiederum zu einem besseren Preis weiterzuverkaufen.

3. Alle vorstehend skizzierten Aspekte spielten in der hier zu besprechenden Entscheidung eine Rolle:

3.1. Nach Beschlussfassung über den gegenständlichen Squeeze-out brachte eine vom Gesellschafterausschluss betroffene Aktionärin eine Anfechtungsklage ein. Dieses Anfechtungsverfahren endete mit einem Vergleich, durch den die Hauptgesellschafterin zu einer Pauschalzahlung an die Anfechtungsklägerin in Höhe von 14 Mio € verpflichtet wurde, während die Anfechtungsklägerin – aufschiebend bedingt mit der Beendigung des Anfechtungsprozesses und der Firmenbucheintragung des Squeeze-outs – nahezu alle ihrer Aktien an die Hauptgesellschafterin zu verkaufen hatte.

3.2. Nach Wirksamwerden des Gesellschafterausschlusses wurde ein Verfahren auf Nachprüfung der Barabfindung eingeleitet. Dieses Verfahren ist bis zum heutigen Tag, also seit mehr als 15 (!) Jahren, anhängig.

3.3. Erst 2018 wurde – offenbar im Zuge dieses Nachprüfungsverfahrens – bekannt, dass es zum beschriebenen Vergleichsabschluss samt Zahlung des genannten namhaften Pauschalbetrags gekommen war. Diese Information nützte eine Inhaberin von Nachzahlungsansprüchen für die nunmehr im vorliegenden Verfahren gegenständliche Schadenersatzklage gegen die Hauptgesellschafterin: Durch die Vornahme der Pauschalzahlung an die vormalige Anfechtungsklägerin habe die Hauptgesellschafterin die gebotene Gleichbehandlung aller ausgeschlossenen Minderheitsaktionäre verletzt. Aus Schadenersatz stehe daher eine Aufzahlung zu, die dem Betrag der Pauschalzahlung pro Aktie, die die Anfechtungsklägerin vormals gehalten hatte, entspreche.

4. Der OGH bestätigte freilich die von den Vorinstanzen vorgenommene Abweisung der Klage, und zwar wegen mangelnder Aktivlegitimation: Die Klägerin sei nämlich keine ausgeschlossene Aktionärin, sondern habe lediglich – womöglich über einen Dritten – verbrieft Nachbesserungsrechte erworben. Da nicht nachgewiesen werden konnte, dass der Erwerb dieser Nachzahlungsansprüche auch die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen gegen die Hauptgesellschafterin umfasst hätte, müsse die gegenständliche Klagsführung scheitern.

5.1. Damit bleibt mangels Entscheidungserheblichkeit allerdings die spannende Frage offen, ob bei bestehender Aktivlegitimation, dh etwa bei Klagsführung durch einen im Zuge des Squeeze-outs ausgeschlossenen Aktionär, der Vergleichsabschluss mit der Anfechtungsklägerin samt Auszahlung eines Pauschalbetrags erfolgreich als Basis eines Schadenersatzanspruchs gegen die Hauptgesellschafterin genützt hätte werden können. Wie erwähnt, ist es grundsätzlich anerkannt, dass den ausgeschlossenen Anteilseignern Schadenersatzansprüche gegen den Hauptgesellschafter zustehen können, wenn dieser Pflichten aus dem GesAusG, die als Schutzgesetze einzuordnen sind, und/oder Treuepflichten, die den Hauptgesellschafter gegenüber den anderen Anteilseignern treffen, verletzt hat.¹¹ Auf dieser Grundlage könnte daher Schadenersatz wegen Ungleichbehandlung der ausgeschlossenen Aktionäre bei Auszahlung der Barabfindung zustehen. Der Schadenersatzberechtigte unterliegt aber nach allgemeinen Regeln der Obliegenheit zur Schadensminderung. Das bedeutet – umgelegt auf den Streit über die Höhe der Barabfindung – nach hA, dass die Ansprüche auf Erhöhung der Barabfindung – jedenfalls bei rechtzeitiger Erkennbarkeit – primär im Nachprüfungsverfahren zu verfolgen sind.¹²

5.2. Im Lichte der Schadensminderungsobliegenheit erschiene daher mE auch bei gegebener Aktivlegitimation die Durchsetzbarkeit des Schadenersatzanspruchs zweifelhaft. Wie der OGH ausdrücklich festhält, wird im konkreten Fall die Frage, ob die Vergleichszahlung die Gleichbehandlung verletzt hat und für die Höhe der Barabfindung relevant ist, ohnedies im nach wie vor anhängigen Überprüfungsverfahren behandelt. Dass die Vergleichszahlung überhaupt erst 2018 bekannt geworden ist, ist somit angesichts des weiterhin laufenden Nachprüfungsverfahrens unerheblich. Auch die Frage, ob ein ausgeschlossener Aktionär oder ein Inhaber von derivativ erworbenen Nachbesserungsrechten selbst am Nachprüfungsverfahren beteiligt ist, spielt mE keine Rolle: Durch den vom Gesetz vorgesehenen gemeinsamen Vertreter gem § 225f AktG¹³ ist nämlich sichergestellt, dass im Überprüfungsverfahren auch die Interessen jener vom Squeeze-out betroffenen Aktionäre gewahrt werden, die gar keinen Antrag auf Nachprüfung gestellt haben.

⁶ Gall/Potyka/Winner, Squeeze-out (2006) Rz 488 und 496 ff; Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³, § 6 GesAusG Rz 35; H. Foglar-Deinhardstein/Hartig in Kalss/Frotz/Schörghofer, Handbuch für den Vorstand (2017) § 31 Rz 303; H. Foglar-Deinhardstein/Feldscher in Adensamer/Mitterecker, Gesellschafterstreit (2021) Rz 11/265. Vgl Hlawati/Glas/H. Foglar-Deinhardstein/Aichinger, GesRZ 2016, 36 FN 67.

⁷ H. Foglar-Deinhardstein, GesRZ 2017, 54 (55 FN 2); Zottl/Pendl, GesRZ 2019, 226; Zottl/Kohlmaier, Verbriefte Nachbesserungsrechte in Barabfindungsverfahren, GesRZ 2022, 201 (203); 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, Leben mit der Unsicherheit – OGH entlastet das Nachprüfungsverfahren, NZ 2022, 165 (173); Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³, § 5 GesAusG Rz 23.

⁹ Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³, § 6 GesAusG Rz 23; Zottl/Pendl, GesRZ 2019, 226; Zottl/Kohlmaier, GesRZ 2022, 203 f; H. Foglar-Deinhardstein/Feldscher in Adensamer/Mitterecker, Gesellschafterstreit, Rz 11/249; dies, NZ 2022, 173; zur Zulässigkeit der Disposition über Nachbesserungsansprüche OGH 13.9.2001, 6 Ob 170/01w; 12.5.2021, 6 Ob 246/20z; H. Foglar-Deinhardstein, GES 2018, 17.

¹⁰ Vgl Zottl/Kohlmaier, GesRZ 2022, 202.

¹¹ Siehe FN 6 und 7.

¹² Gall/Potyka/Winner, Squeeze-out, Rz 498; Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³, § 6 GesAusG Rz 35; H. Foglar-Deinhardstein/Hartig in Kalss/Frotz/Schörghofer, Handbuch, § 31 Rz 303; H. Foglar-Deinhardstein/Feldscher in Adensamer/Mitterecker, Gesellschafterstreit, Rz 11/265.

¹³ Vgl OGH 27.9.2016, 6 Ob 31/16a; 21.3.2019, 6 Ob 42/19y; OLG Linz 17.5.2019, 6 R 33/19v; Eckert/Schopper/Wöss in Eckert/Schopper, AktG-ON, § 225f Rz 12; Zottl/Pendl, GesRZ 2019, 218; H. Foglar-Deinhardstein/Feldscher in Adensamer/Mitterecker, Gesellschafterstreit, Rz 11/251 ff; H. Foglar-Deinhardstein, GesRZ 2017, 55.

Dieser gemeinsame Vertreter wäre daher verpflichtet, ihm vorliegende Informationen über beträchtliche – außerhalb des Nachprüfungsverfahrens vereinbarte – Vergleichszahlungen im Lichte der Gleichbehandlung zu würdigen und diese Würdigung entsprechend ins Verfahren einzubringen. Damit ist aber auch das rechtliche Gehör von Inhabern von derivativ erworbenen Nachbesserungsrechten im Überprüfungsverfahren gesichert.¹⁴ Umgekehrt ist mE anzunehmen, dass ein ausgeschlossener Aktionär, der selbst gar keinen Antrag auf Überprüfung der Barabfindung im Nachprüfungsverfahren gestellt hat, seiner Schadensminderungsobliegenheit von vornherein nicht nachgekommen ist und daher außerhalb des Überprüfungsverfahrens auch keinen Schadenersatzanspruch wegen negativer Diskriminierung im Vergleich zu anderen ausgeschlossenen Aktionären hat.¹⁵

6.1. Somit ist noch zu fragen, wie die Beurteilung auszufallen hätte, wenn gegenüber einem am Überprüfungsverfahren beteiligten Minderheitsgesellschafter erst nach Beendigung des Überprüfungsverfahrens hervorkäme, dass die Hauptgesellschafterin einer ausgeschlossenen Aktionärin (allenfalls beträchtliche) parallele Sonderzahlungen zugewendet hätte. In einer solchen Konstellation wäre mE grundsätzlich ein Schadenersatzanspruch denkbar, weil eine Schadensminderungsobliegenheit nicht eingreifen kann, wenn dem Schadenersatzberechtigten die fragliche Sonderzahlung weder bekannt war noch bekannt sein konnte. Zu bedenken ist allerdings, dass die Gleichbehandlung der ausgeschlossenen Aktionäre mE kein starr schematisches Umlegen aller im Umfeld des Squeeze-outs erfolgten Zahlungen auf alle Aktionäre iS einer Meistbegünstigung verlangt. Vielmehr ist eine scharfe Einzelfallbetrachtung erforderlich:

6.2. So hat der OGH etwa bereits klargestellt, dass als Kostenersatz gewidmete Zahlungen an einzelne Minderheitsgesellschafter grundsätzlich nicht als Zuzahlungen auf die Barabfindung zu qualifizieren sind.¹⁶

6.3. Die gegenständlich von der Klägerin als anspruchsbegründende Zuzahlung identifizierte Leistung war eine Pauschalzahlung zur Beendigung eines Anfechtungsverfahrens. Schon deswegen ist es fernliegend, darin eine für die Ermittlung der angemessenen Barabfindung erhebliche Leistung sehen zu wollen; bei einer solchen Zahlung geht es offenbar darum, den Squeeze-out durch Beendigung des Anfechtungsverfahrens überhaupt erst zu ermöglichen, nicht hingegen darum, den Wert der Minderheitsbeteiligungen abzufinden.¹⁷ Ungewöhnlich erscheint freilich in der gegenständlichen Konstellation *prima facie*, dass zur vergleichweisen Beendigung eines Rechtsstreits zwischen Minderheitsaktionär und Gesellschaft eine Zahlung des Hauptgesellschafters an den Minderheitsaktionär vereinbart wurde, wobei der Hauptgesellschafter im Anfechtungsverfahren ja gar nicht Beklagter ist. Dies deutet aber *in concreto* deswegen nicht auf eine versteckte Erhöhung der Barabfindung hin, weil Vergleichszahlungen der Gesellschaft an einen Anteilseigner zur Beendigung eines Anfechtungsverfahrens einen Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr darstellen können.¹⁸ Insofern kann davon ausgegangen werden, dass bei der Strukturierung des Vergleichs und des Zahlungsstroms schlicht aus Vorsichtserwägungen eine Variante gewählt wurde, die jedenfalls kapitalerhaltungskonform ist.¹⁹

6.4. Bemerkenswert sind idZ die Ausführungen des Instanzgerichts im gegenständlichen Verfahren, die ganz in Richtung der hier vertretenen Auffassung gehen: „Sollte [die von der Hauptgesellschafterin geleistete] Vergleichszahlung deshalb nicht ins Überprüfungsver-

fahren gehören, weil sie mit der Abgeltung für einen wirtschaftlichen Vorteil aus der Erledigung des Anfechtungsprozesses begründet werden könn[t]e ..., also mit einer anders gelagerten Rechtsposition eines ausgeschlossenen Anfechtungsklägers im Vergleich zu einem der anderen ausgeschlossenen Minderheitsaktionäre, dann müsste gerade auch die für einen Klagserfolg zentrale anspruchsbegründende Behauptung einer Gesellschafter-Ungleichbehandlung verneint werden. Mit anderen Worten: Sind Gesellschafter unterschiedlich, weil der eine auch Anfechtungsklage erhoben hat und der andere nicht, und wäre dieser Unterschied ein maßgeblicher Grund dafür, dass die Vergleichszahlung an den Anfechtungskläger gerade mangels Verstoßes gegen das Gleichbehandlungsgebot nicht ins außerstreitige Überprüfungsverfahren gehörte, dann wäre auch im vorliegenden Prozess nicht ersichtlich, wodurch der Grund für den geltend gemachten Schadenersatzanspruch, nämlich die behauptete rechtswidrige Ungleichbehandlung, denn überhaupt verwirklicht wäre.“²⁰

6.5. Das OLG Wien deutet hier mE richtig an, was in der deutschen Rspr schon anerkannt ist: Ein Vergleichsangebot, das der Hauptgesellschafter im Zuge der Beendigung eines Anfechtungsverfahrens unterbreitet, ist wegen des unterschiedlichen Verfahrensgegenstands für die Angemessenheitsprüfung irrelevant.²¹ Das ergibt sich schon daraus, dass gemäß ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung die Frage der angemessenen Höhe der Barabfindung ja gerade als Streitgegenstand des Anfechtungsverfahrens ausgeschlossen ist.²²

7. Abschließend bleibt noch zu überlegen, wie es sich mit Sonderzahlungen verhält, die der Hauptgesellschafter tatsächlich in gerichtlichen oder außergerichtlichen Teilvergleichen iZm dem Nachprüfungsverfahren gewährt. Bilden solche Sonderzahlungen die starre Untergrenze für die im Überprüfungsverfahren gegebenenfalls zu ermittelnde Erhöhung der Barabfindung? Die Beantwortung dieser Frage ist in der Literatur umstritten.²³ Gegen die Auffassung, die Zahlungen in einem gerichtlich abgeschlossenen oder genehmigten Teilvergleich als Maßstab für die *Erga-omnes*-Wirkung gem § 225i AktG anzuerkennen, spricht vor allem, dass diese Zahlungen seitens des Hauptgesellschafters wohl kaum aus einem Anerkenntnis einer geschuldeten Nachzahlung auf die Barabfindung resultieren. Häufig kann Sonderzahlungen sogar eine spezifische Gegenleistung zugeordnet werden, wie etwa besondere Verhandlungsbemühungen um eine effiziente und/oder kreative Vergleichslösung, die Koordination verschiedener Aktionärgruppen oder das Beisteuern von Know-how im Bereich der Unternehmensbewertung, der Simulationsrechnung etc. Außerdem würde die *Erga-omnes*-Wirkung jedes Teilvergleichs den im Überprüfungsverfahren verbleibenden Antragstellern ein weiteres Werkzeug in die Hand spielen, durch Einsatz ihres Lästigkeitswerts den Vergleichspreis nach oben zu treiben, sodass ein *race to the top* einsetzen würde; jeder Teilvergleich verliehe der Lizitation nach oben weiteren Antrieb.²⁴ Im Ergebnis ist zustimmungswürdigerweise einer im Zuge eines Vergleichs erhöhten Kompensationsleistung nur dann Bedeutung für die Nachprüfung der Angemessenheit der Barabfindung zuzubilligen, wenn diese Nachzahlung mit Verbindlichkeit und Wirkung für alle betroffenen Anteilseigner zugesagt worden ist.²⁵

Heinrich Foglar-Deinhardstein

Mag. Heinrich Foglar-Deinhardstein, LL.M. ist Partner einer Rechtsanwaltskanzlei in Wien und schwerpunktmäßig mit Gesellschafts- und Stiftungsrecht, (internationalen) Umstrukturierungen und M&A befasst.

¹⁴ Vgl Zottl/Kohlmaier, GesRZ 2022, 207.

¹⁵ Vgl Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³, § 6 GesAusG Rz 35.

¹⁶ OGH 24.10.2019, 6 Ob 138/19s, GesRZ 2020, 150 (Zollner); dazu auch H. Foglar-Deinhardstein/Molitoris/Hartig, GesRZ 2020, 43 ff.

¹⁷ Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³, § 2 GesAusG Rz 24 und § 6 GesAusG Rz 17.

¹⁸ H. Foglar-Deinhardstein in H. Foglar-Deinhardstein, Verdeckte Gewinnausschüttung (2020) Rz 1/122; H. Foglar-Deinhardstein/Feldscher in Adensamer/Mitterecker, Gesellschaftstreit, Rz 11/248; Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³, § 6 GesAusG Rz 17.

¹⁹ Vgl Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³, § 6 GesAusG Rz 19.

²⁰ OLG Wien 28.1.2022, 2 R 122/21g.

²¹ BGH 19.7.2010, II ZB 18/09, BGHZ 186, 229; Mollnhuber, Rechtsprechung zur Unternehmensbewertung im Spruchverfahren, GesRZ 2020, 257 (259); Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³, § 2 GesAusG, Rz 24; aA (unter mE irrig) Berufung auf seine E II ZB 18/09) BGH 29.9.2015, II ZB 23/14, BGHZ 207, 114.

²² OLG Düsseldorf 28.10.2019, I-26 W 3/17 (AktE), WM 2019, 2319.

²³ Nachweise bei Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³, § 2 GesAusG Rz 24; H. Foglar-Deinhardstein/Feldscher in Adensamer/Mitterecker, Gesellschaftstreit, Rz 11/260 FN 494; H. Foglar-Deinhardstein/Molitoris/Hartig, GesRZ 2020, 46.

²⁴ H. Foglar-Deinhardstein/Feldscher in Adensamer/Mitterecker, Gesellschaftstreit, Rz 11/260 FN 494 (unter Hinweis auf Zollner).

²⁵ OLG Düsseldorf 28.10.2019, I-26 W 3/17 (AktE); Mollnhuber, GesRZ 2020, 259; aA (auch für den außergerichtlichen Vergleich) Eckert/Schopper/Wöss in Eckert/Schopper,

Exekution

Zu den Erfordernissen des Vorbringens zur Erwirkung einer einstweiligen Verfügung im Gesellschafterstreit

§ 381 Z 2 EO

1. Zwar kann im Allgemeinen dann, wenn die einstweilige Verfügung in der Klage beantragt wird, hinsichtlich „des Anspruchs“ ein ausdrücklicher oder schlüssiger Verweis auf das Vorbringen zum Anspruch in der Klage genügen.

2. Dies kann bei mehreren zu sichernden Ansprüchen allerdings nur dann gelten, wenn sich die Zuordnung des (jeweils) zu sichernden Anspruchs in Ansehung verschiedener Sicherungsbegehren (jeweils) als auf der Hand liegend ergibt.

3. Lassen sich (dagegen) aus dem behaupteten Sachverhalt mehrere Ansprüche ableiten, sind jene, hinsichtlich derer die Sicherung oder Regelung begehrt wird, bestimmt zu bezeichnen.

4. Unschlüssige oder unbestimmte Anträge im Provisorialverfahren sind abzuweisen, ohne dass der gefährdeten Partei ein weiteres Vorbringen zu ermöglichen wäre.

OGH 21.12.2022, 6 Ob 124/22m (OLG Graz 6 R 28/22t; LG Klagenfurt 50 Cg 26/22d)

[1] Die klagende und gefährdete Partei (Kläger) brachte vor, der Erstbeklagte habe den ihm vom Kläger treuhändig übertragenen Hälfteanteil an einer GmbH treuwidrig an die kollusiv mitwirkende Zweitbeklagte und Gegnerin der gefährdeten Partei abgetreten.

[2] Mit seiner Klage begehrt er in deren Abschnitt II. folgendes

„Urteil:

1. Zwischen der klagenden Partei und den beklagten Parteien wird festgestellt, dass die beklagten Parteien gegenüber der klagenden Partei zur ungeteilten Hand für sämtliche zukünftigen kausalen Schäden im Zusammenhang mit der, aufgrund des zwischen den beklagten Parteien abgeschlossenen Abtretungsvertrages vom ..., erfolgten Abtretung von 50 % der Geschäftsanteile an der ... GmbH, FN ..., von der erstbeklagten Partei an die zweitbeklagte Partei, haften.

2. Die zweitbeklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei einen Teil ihrer Geschäftsanteile an der ... GmbH, FN ..., die derzeit einer Stammeinlage von 17.500 € hierauf geleistet 5.000 €, entsprechen, sohin 50 % der Geschäftsanteile an der ... GmbH, FN ..., in notariatsaktfähiger Form abzutreten.

in eventu:

Die zweitbeklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei einen Teil ihrer Geschäftsanteile an der ... GmbH, FN ..., die einer Stammeinlage von 17.500 €, hierauf geleistet 5.000 €, entsprechen, sohin 50 % der Geschäftsanteile an der ... GmbH, FN ..., Zug um Zug gegen Zahlung eines Betrags von 5.000 € an den Erstbeklagten in notariatsaktfähiger Form abzutreten.

in eventu:

2a. Es wird festgestellt, dass der zwischen der erstbeklagten Partei und der zweitbeklagten Partei abgeschlossene Abtretungsvertrag vom ..., mit

AktG-ON, § 225h Rz 7 und 11 sowie § 225i Rz 10; Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³, § 225h AktG Rz 5 und 19 sowie § 225i AktG Rz 18. Freilich sagt Kalss (Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³, § 2 GesAusG Rz 24), wenn auch nur zur Unerheblichkeit von Zahlungen zum Vergleich von Anfechtungsverfahren: „Nur bei Fehlen einer Drucksituation lässt ... der vom Hauptgesellschafter ... bezahlte Preis einen Rückschluss auf den inneren Wert der Anteile zu und nur dann besteht ein funktionaler Zusammenhang zwischen der Bezahlung eines bestimmten Preises ... im Verhältnis zu den Aktien eines anderen Inhabers.“; vgl zur Drucksituation des Hauptgesellschafters im Nachprüfungsverfahren H. Foglar-Deinhardstein/Molitoris/Hartig, GesRZ 2020, 44 f.; H. Foglar-Deinhardstein, GES 2018, 15 f. „Der Hauptaktionär wird nämlich in aller Regel – auch wenn die ursprüngliche Barabfindung völlig oder zumindest weitgehend korrekt ermittelt worden ist – bereit sein, sich über eine (allenfalls auch beträchtliche) Erhöhung der Barabfindung durch entsprechende Nachzahlung zu vergleichen, allein um das lästige und zeit- und kostenintensive Nachprüfungsverfahren zu beenden.“

dem der Erstbeklagte seinen Geschäftsanteil an der ... GmbH, FN ..., der einer Stammeinlage von 35.000 € und einer voll einbezahlten gründungsprivilegierten Stammeinlage von 10.000 € entsprach, an die zweitbeklagte Partei abgetreten hat, im Umfang der Abtretung des Geschäftsanteils, der einer Stammeinlage von 17.500 € und einer voll einbezahlten gründungsprivilegierten Stammeinlage von 5.000 € entsprach, sohin hinsichtlich 50 % der Geschäftsanteile der ... GmbH, FN ..., unwirksam ist.

2b. Die erstbeklagte Partei ist schuldig, die dem für die ... GmbH, FN ..., zuständigen Firmenbuchgericht, aufgrund des notariellen Abtretungsanbots des Erstbeklagten vom ... des öffentlichen Notars ... und der notariellen Annahmeerklärung vom ... der öffentlichen Notarin ..., die Änderung im Gesellschafterstand der ... GmbH, FN ..., im Umfang der Abtretung des Geschäftsanteils von 17.500 €, davon derzeit gründungsprivilegiert 5.000 €, sohin hinsichtlich 50 % der Geschäftsanteile der ... GmbH, FN ..., an den Kläger anzumelden.

3. Die zweitbeklagte Partei ist schuldig, die Ausübung der Gesellschafterrechte an ... GmbH, FN ..., soweit diese den Anteil von 50 % an der ... GmbH, FN ..., übersteigen, ohne vorherige ausdrückliche Genehmigung durch den Kläger zu unterlassen.“

► [3] Das Erstgericht gab dem mit der Klage verbundenen Sicherungsantrag teilweise statt und gebot der Zweitbeklagten, „ab sofort bis zur rechtskräftigen Erledigung in der Hauptsache dieses Verfahrens“ jede Übertragung und Belastung der Geschäftsanteile an der GmbH, soweit diese einen Anteil von 50 % übersteigen, die Ausübung des Kündigungsrechts sowie die Auflösung der GmbH zu unterlassen. Das Mehrbegehren betreffend das Verbot der Ausübung von Gesellschafterrechten wies es ab.

► [4] Das Rekursgericht gab dem gegen den abweisenden Teil dieser Entscheidung gerichteten Rekurs des Klägers nicht Folge ... Es war der Ansicht, der Kläger habe zu seiner diesbezüglichen Anspruchsgefährdung unzureichend vorgebracht und sich auf die abstrakte Behauptung beschränkt, ihm drohe ein unwiederbringlicher Schaden, weil wirksam zustande gekommene Gesellschafterbeschlüsse nicht mehr rückgängig gemacht werden könnten. Welche konkreten Schritte – neben den schon gesicherten Angelegenheiten – zum Nachteil des Klägers konkret drohten, sei nicht behauptet worden. Die Bescheinigung einer konkreten Gefährdung seines Anspruchs sei ihm daher insoweit nicht gelungen. Auch die vorzunehmende Interessenabwägung schlage zugunsten der Zweitbeklagten aus, die auf eine drohende existenzielle Beeinträchtigung des Geschäftsbetriebs der GmbH verwiesen habe, würde man die im Gesellschaftsvertrag der Zustimmung der Generalversammlung unterliegenden Angelegenheiten von der Zustimmung des Klägers abhängig machen.

...

► Der OGH wies den Revisionsrekurs des Klägers zurück.

Aus der Begründung des OGH:

...

[7] 1.1. In einem dieselben Parteien, aber eine andere GmbH betreffenden Sicherungsverfahren mit vergleichbarem Sachverhalt und mit im Wesentlichen wortgleichen Urteils- und Sicherungsanträgen des (auch dortigen) Klägers hat das dortige Rekursgericht die (Teil-)Abweisung des begehrten Verbots der Ausübung von Gesellschafterrechten bestätigt, weil es an einer bestimmten Bezeichnung des behaupteten, mittels einstweiliger Verfügung zu sichernden Anspruchs fehlte. Der erkennende Senat hat diese Ansicht des dortigen Rekursgerichts gebilligt (6 Ob 125/22h); ausgehend von den dortigen Erwägungen gilt auch im vorliegenden Fall:

[8] 1.2. Nach stRspr muss der von der gefährdeten Partei behauptete und mit einstweiliger Verfügung zu sichernde Anspruch genau bezeichnet werden (RIS-Justiz RS0005210), zumal sich – mit Blick auf das auch im Sicherungsverfahren zu beachtende Antragsprinzip (8 Ob 159/18t, Pkt 1.; B. König/