

46. Jahrgang / Februar 2017 / Nr. 1

Der Gesellschafter

Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht

Herausgegeben von
Nikolaus Arnold und Susanne Kalss

GesRZ

Linde
www.lindeverlag.at

Hans-Georg Koppensteiner

Investorenvereinbarungen

Susanne Kalss

Ausgewählte Fragen zum Informationsrecht des GmbH-Gesellschafters

Wendelin Ettmayer / Stephanie Sauer

Informationsrecht und Informationspflicht bei Due-Diligence-Prüfungen

Martin Frenzel

Die Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen

Martin Trenker

(Außen-)Haftung des Treugeberkommanditisten (Teil I)

Heinz Keinert / Elisabeth Maria Keinert

Abgrenzung der Schlichtungsobliegenheit nach § 8 VerG

Gesellschafterversammlungen und Satzungsbestimmungen

Die Squeeze-out-Hauptversammlung (Teil I)

Aus der aktuellen Rechtsprechung

Unternehmensrecht aktuell

Aus der aktuellen Rechtsprechung^{*}

Kapitalgesellschaften

Abberufung eines gemeinsamen Vertreters im Gremialverfahren

§ 225f AktG

§§ 271 und 271a UGB

1. Der gemeinsame Vertreter der nicht antragstellenden Aktionäre im Verfahren zur Überprüfung der Angemessenheit der Barabfindung (Gremialverfahren) muss auch von den Antragstellern unabhängig sein.
2. Befangenheit des gemeinsamen Vertreters ist schon dann zu bejahen, wenn bei objektiver Betrachtungsweise auch nur der Anschein einer Abhängigkeit besteht.
3. Befangenheit des gemeinsamen Vertreters ist anzunehmen, wenn die Rechtsanwaltsgesellschaft, deren Gesellschafter der gemeinsame Vertreter ist, einen Antragsteller des Gremialverfahrens zwar nicht in diesem Verfahren, wohl aber in einem Streitverfahren gegen den Antragsgegner vertritt, das in einem hinreichenden Zusammenhang mit dem Überprüfungsverfahren steht.

OGH 27.9.2016, 6 Ob 31/16a (OLG Wien 28 R 235/15g)

Die Rechtsanwaltsgesellschaft, deren Gesellschafter der bestellte Rechtsanwalt ist, vertritt seit März 2015 den 17. Antragsteller in zwei Prozessen vor dem Erstgericht. In dem seit 2013 anhängigen Streitverfahren gegen die Antragsgegnerin begehrt dieser Antragsteller, den Schiedsspruch eines Schiedsgerichts mit dem Sitz in Wien vom 20.12.2012, mit dem die Zuständigkeit des Schiedsgerichts festgestellt und die Unzuständigkeitseinrede abgewiesen wurde, aufzuheben und die Unzuständigkeit des Schiedsgerichts festzustellen. Die Antragsgegnerin brachte in diesem Verfahren vor, der Antragsteller habe in den Vergleichsverhandlungen im Prozess, dessen Gegenstand die Anfechtung mehrerer Beschlüsse der Hauptversammlung der B. AG vom 3.5.2007 (darunter das Squeeze-out der Minderheitsaktionäre) gewesen sei, verlangt, sich zur Überprüfung der Barabfindung zwischen einer Teilnahme am Gremialverfahren oder an einem gesonderten Schiedsverfahren entscheiden zu können. Aus diesem Grund habe die Antragsgegnerin mit ihm eine Schiedsvereinbarung geschlossen. Er habe das Schiedsverfahren eingeleitet, das mit großem Aufwand über mehrere Jahre geführt und mit einem die Sache erledigenden Schiedsspruch beendet worden sei. Einen weiteren Prozess führt der genannte Antragsteller seit 2013 gegen die Schiedsrichter selbst. Er begehrt mit der Behauptung des Betrugs den Ersatz seiner Aufwendungen im Schiedsverfahren von 2.814.731,50 €.

- ▶ Das Erstgericht berief den zum gemeinsamen Vertreter zur Wahrung der Rechte der Minderheitsaktionäre, die keinen Antrag auf Überprüfung der Barabfindung gestellt und auf ihre Ansprüche nicht verzichtet haben, bestellten Rechtsanwalt ab und bestellte an seiner Stelle eine Rechtsanwältin.
- ▶ Das Rekursgericht gab dem Rekurs des abberufenen Rechtsanwalts nicht Folge.
- ▶ Der OGH wies den außerordentlichen Revisionsrekurs des abberufenen Rechtsanwalts zurück.

Aus der Begründung des OGH:

Ein gemeinsamer Vertreter (§ 225f AktG) hat die Stellung eines gesetzlichen Vertreters. Er hat die Interessen der nicht antragstellenden Aktionäre zu wahren und entscheidet dabei nach pflichtgemäßem Ermessen (§ 225f Abs 2 AktG). Er han-

delt damit weisungsfrei und unabhängig (*Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 225f Rz 11 mwN).

Es versteht sich von selbst, dass der gemeinsame Vertreter vom Antragsgegner unabhängig sein muss. Er soll aber auch eine von den Antragstellern unabhängige Position haben. Dies erhellt aus § 225f Abs 6 AktG. Nach dieser Bestimmung hat der gemeinsame Vertreter das Verfahren (auch) nach Rücknahme sämtlicher Anträge von Aktionären weiterzuführen, soweit nach seiner pflichtgemäßen Beurteilung ein Erfolg seines Antrags zu erwarten ist. Gerade im Falle des Wissens und/oder des Verdachts eines „Auskaufs“ der anderen Antragsteller wird er das Verfahren weiterführen müssen (*Szep in Jabornegg/Strasser*, AktG⁵, § 225f Rz 8 mwN). Es ist daher ausgeschlossen, einen Antragsteller – wenn er Rechtsanwalt, Notar oder Wirtschaftsprüfer ist (siehe § 225f Abs 3 AktG) – oder einen Vertreter (Verfahrensbevollmächtigten) eines Antragstellers zum gemeinsamen Vertreter zu bestellen.

Die Unabhängigkeit des gemeinsamen Vertreters gewährleistet die sinngemäße Anwendung der §§ 271, 271a UGB (§ 225f Abs 3 Satz 2 AktG; ErlRV 467 BlgNR 23. GP, 37). Nach der Generalklausel des § 271 Abs 1 UGB dürfen Wirtschaftsprüfer eine Abschlussprüfung nicht durchführen, wenn Gründe, insb Beziehungen geschäftlicher, finanzieller oder persönlicher Art, vorliegen, nach denen die Besorgnis der Befangenheit besteht. Den Gesetzesmaterialien zufolge (ErlRV 467 BlgNR 23. GP, 21) und nach hM (*Völkl/Lehner in Straube/Ratka/Rauter*, UGB³, § 271 Rz 16 mwN) ist Befangenheit schon dann zu besorgen, wenn bei objektiver Betrachtungsweise auch nur der Anschein einer Abhängigkeit besteht, so dass es nicht darauf ankommt, dass der Prüfer tatsächlich möglicherweise unabhängig ist.

Wann die Besorgnis einer Befangenheit zu bejahen oder zu verneinen ist, hängt so sehr von den Umständen des Einzelfalles ab, dass die Beurteilung dieser Frage regelmäßig keine Rechtsfrage iSd § 62 Abs 1 AußStrG aufwirft.

Vor dem Hintergrund, dass nach Sinn und Zweck der Einrichtung eines gemeinsamen Vertreters dieser eine von den Antragstellern unabhängige Stellung haben soll, ist die Auffassung jedenfalls vertretbar, dass es bei einem objektiven Dritten Zweifel an der Unvoreingenommenheit des zum gemeinsamen Vertreter bestellten Rechtsanwalts erwecken kann, wenn die Rechtsanwaltschaftsgesellschaft, deren Gesellschafter der gemeinsame Vertreter ist, einen Antragsteller des gerichtlichen Verfahrens zur Überprüfung der Angemessenheit der Barabfindung zwar nicht in diesem Verfahren vertritt, wohl aber in einem Streitverfahren gegen den Antragsgegner, das in einem hinreichenden Zusammenhang mit dem Überprüfungsverfahren steht.

Anmerkung:

1. In der vorliegenden Entscheidung beschäftigten den OGH wiederum – wie zuvor schon in der Entscheidung vom 18.2.2010, 6 Ob

^{*} Die zivilrechtliche Judikatur wird von Herrn Dr. Wolfgang Schramm, Hofrat des Obersten Gerichtshofes, bearbeitet.

221/09g¹ – Rechtsfragen iZm dem Squeeze-out einer börsennotierten AG, bei der es sich um die seinerzeitige Bank Austria Creditanstalt AG handeln dürfte. Dieser prominente Squeeze-out ist der Erste, der nach Inkrafttreten des GesAusG bei einer börsennotierten Gesellschaft durchgeführt worden ist; er wurde am 21.5.2008 (!) durch Eintragung ins Firmenbuch rechtswirksam.

2. Beide OGH-Entscheidungen zum genannten Squeeze-out ergingen im gerichtlichen Nachprüfungsverfahren. In einem solchen Überprüfungsverfahren ist nach Wirksamwerden eines Squeeze-outs über Antrag mindestens eines ausgeschlossenen Minderheitsaktionärs zu überprüfen, ob die Barabfindung tatsächlich „angemessen“ iSd Gesetzes oder aber zu niedrig festgelegt worden ist: Bekanntlich sind nach den Regeln des GesAusG den im Zuge des Squeeze-outs ausscheidenden Minderheitsaktionären ihre Aktien durch eine seitens des Hauptaktionärs zu gewährende angemessene Barabfindung abzugelten. Diese Barabfindung hat den Unternehmenswert, der anteilig auf die jeweilige Beteiligungsquote des Abfindungsberechtigten entfällt, widerzuspiegeln. Wurde die Barabfindung zu niedrig bemessen, billigt das Gesetz den Anteilseignern einen Anspruch auf Ausgleich durch bare Nachzahlung zu;² dieser Ausgleichsanspruch kann aber nur in einem speziellen Außerstreitverfahren geltend gemacht werden.

3. Die Grundzüge dieses außerstreitigen Nachprüfungsverfahrens entstammen dem AktG; dort ist dieses Verfahren im Verschmelzungsrecht vorgesehen, damit nach Wirksamwerden einer Verschmelzung die Angemessenheit des Umtauschverhältnisses, allfälligerbarer Zuzahlungen und einer allfälligen Barabfindung überprüft werden kann.³ Durch entsprechende Verweise in den jeweils anwendbaren Gesetzen steht das Überprüfungsverfahren auch für mit der aktienrechtlichen Verschmelzung verwandte Vorgänge (§§ 235 und 236 AktG; § 96 Abs 2 GmbHG; § 22 SEG; § 12 EU-VerschG; § 17 Z 5 SpaltG), weiters für den umgründungsbedingten Gesellschafterausschluss (§ 2 Abs 3 und § 5 Abs 5 UmwG) sowie – wie erwähnt – für den Squeeze-out gem GesAusG und für den umgründungsbedingten Gesellschafteraustritt (Sell-out; §§ 234b, 244 und 253 AktG; §§ 13 und 21 SEG; § 11 EU-VerschG; §§ 9 und 11 SpaltG; mE auch bei der grenzüberschreitenden Export-Dreiecksverschmelzung und -Sitzverlegung) zur Verfügung.⁴

4. In allen diesen Fällen verwirklicht das Überprüfungsverfahren ein System des *Ex-post*-Aktionärsschutzes, weil das Nachprüfungsverfahren erst nach Wirksamwerden der Transaktion beantragt werden kann und der diesem Verfahren vorbehaltene Prüfungsgegenstand – also die Überprüfung der Angemessenheit der jeweiligen „Gegenleistung“ – gleichzeitig gesetzlich als Grundlage einer Anfechtungsklage ausgeschlossen ist.⁵ Weder Minderheitsaktionäre noch Firmenbuchgericht können also das Wirksamwerden der jeweiligen Transaktion allein wegen einer allenfalls fehlerhaften Bewertung blockieren, auch wenn diese zum Nachteil der Minderheit ausgefallen sein sollte; umgekehrt kann sich das nachgelagerte Überprüfungsverfahren ganz auf die Bewertungsfragen konzentrieren, während die Durchführung der jeweiligen Transaktion in diesem – nach den Regeln des AußStrG durchzuführenden – Verfahren nicht mehr in Frage steht.

5. Eine Entscheidung oder ein Vergleich in einem solchen Nachprüfungsverfahren wirken *erga omnes*, dh für und gegen alle Aktio-

näre der beteiligten Gesellschaften (§ 225i Abs 1 AktG). Am Nachprüfungsverfahren sind aber nicht notwendigerweise alle Minderheitsaktionäre aktiv beteiligt; es kann nämlich Minderheitsaktionäre geben, die 1.) von Anfang an keinen Antrag auf Überprüfung gestellt haben oder die 2.) einen solchen Antrag im weiteren Verlauf des Verfahrens zurückziehen. Während jene Aktionäre, die ihren Antrag freiwillig zurückziehen, nicht schutzbedürftig sind,⁶ bedarf die *Erga-omnes*-Wirkung gegenüber den gänzlich passiven Aktionären – also jenen, die von Anfang an gar keinen Überprüfungsantrag gestellt haben – einer verfahrensrechtlich verankerten Rechtfertigung.⁷ Das Gesetz sieht daher als ein Kernelement des Überprüfungsverfahrens die gerichtliche Bestellung zumindest eines gemeinsamen Vertreters vor, der im Verfahren die Interessen der gänzlich passiven Minderheitsaktionäre als deren gesetzlicher Vertreter wahrzunehmen hat.

6. Diesem gemeinsamen Vertreter kommt im Nachprüfungsverfahren eine Schlüsselrolle⁸ und eine Brückenkopffunktion zu. Die Rechtsfigur des gemeinsamen Vertreters dient der Wahrung des rechtlichen Gehörs der passiven Aktionäre sowie der prozessökonomischen Ausgestaltung des Überprüfungsverfahrens durch Bündelung der Vertretung dieser passiven Anteilseigner; außerdem soll die Existenz des gemeinsamen Vertreters das Auskaufen von einzelnen Antragstellern durch den Hauptaktionär⁹ möglichst erschweren und somit die Einhaltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes gewährleisten.¹⁰ Überdies ist der gemeinsame Vertreter als Brückenkopf essentiell, um einen alle Minderheitsaktionäre erfassenden Generalvergleich, der das Nachprüfungsverfahren beendet, technisch problemlos abschließen zu können,¹¹ zumal die passiven Aktionäre bei der börsennotierten Gesellschaft idR durch die übrigen Aktionäre gar nicht identifizierbar sind. Schließlich kann der gemeinsame Vertreter Kritikpunkte aufgreifen, die in den Einwendungen der Antragsteller noch nicht enthalten sind, und damit eine lückenhafte Antragstellung ausgleichen.¹² Im Lichte der schwerwichtigen Rolle des gemeinsamen Vertreters im Überprüfungsverfahren ist die Bündelung der Verfahrensrechte der passiven Aktionäre bei diesem Vertreter typischerweise gut geeignet, den Verfahrenserfolg im Interesse der Aktionäre, die keinen Überprüfungsantrag gestellt haben, zu maximieren.

7. Während im Verfahren zur Überprüfung der Barabfindung in einem Squeeze-out gem GesAusG die Bestellung eines gemeinsamen Vertreters genügt,¹³ ist im Verfahren zur Nachprüfung des Umtauschverhältnisses bei einer Verschmelzung an sich für jede an der Verschmelzung beteiligte Gesellschaft ein eigener gemeinsamer Vertreter zu bestellen. Gem § 225f Abs 4 AktG hat die Bestellung eines gemeinsamen Vertreters für die Aktionäre einer beteiligten Gesellschaft nur dann zu unterbleiben, wenn alle passiv gebliebenen Aktionäre dieser Gesellschaft auf die Bestellung eines gemeinsamen Vertreters verzichtet haben.¹⁴ Nach hA ist weiters dann kein gemeinsamer Vertreter zu ernennen, wenn ohnedies sämtliche Aktionäre einen Überprüfungsantrag gestellt haben.¹⁵

8. Rechtspolitisch wäre es wünschenswert, die gesetzlichen Aufgaben des gemeinsamen Vertreters dahin gehend zu erweitern, dass ihm vom Gesetz auch die Ausübung der Verfahrensrechte jener

¹ GesRZ 2010, 228 (Ofner) = EvBl 2010/92 (Garber).

² Bei Squeeze-outs börsennotierter AGs wird üblicherweise über die Gesamtzahl der Aktien der ausgeschlossenen Minderheitsaktionäre ein Anspruchszertifikat in Form einer Sammelurkunde ausgestellt, das die Ansprüche auf diese mögliche Nachzahlung verbrieft; diese Ansprüche können dann auf den Wertpapierdepots der ausgeschlossenen Aktionäre eingebucht werden.

³ Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein, Praxisleitfaden Verschmelzung (2015) Kap III.G. Rz 4 ff und Kap IV.C. Rz 19.

⁴ Vgl Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung² (2010) § 225c AktG Rz 6 ff; aus verfassungsrechtlicher Sicht Koppensteiner, Verfassungs- und Gesellschaftsrecht, WBl 2016, 717 (725 f); zum *triangular merger* H. Foglar-Deinhardstein, Anmerkungen zum (grenzüberschreitenden) Triangular Merger, GesRZ 2012, 326 (331); zur Sitzverlegung vgl H. Foglar-Deinhardstein in H. Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer, GmbHG (in Druck) § 81 Rz 24 und 32; Hasebauer/Stingl, Grenzüberschreitende Sitzverlegung von Gesellschaften, in FS Hügel (2016) 117 (132).

⁵ Zur Abgrenzung zwischen Anfechtungs- und Überprüfungsverfahren OGH 31.1.2013, 6 Ob 210/12v; GesRZ 2013, 162 (H. Foglar-Deinhardstein).

⁶ Vgl OGH 13.9.2001, 6 Ob 170/01w.

⁷ Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 225f AktG Rz 3; Szep in Jabornegg/Strasser, AktG⁵ (2011) § 225f Rz 1; Ramesohl, Aktieneigentum, „wahrer Wert“ und Börsenkurs (2007) 256; Wasmann/Mielke, Der gemeinsame Vertreter nach § 6 SpruchG, WM 2005, 822 (823); Bachner, Bewertungskontrolle bei Fusionen (2000) 152.

⁸ Puskajler, Verfahrensgegenstand und Rechte des gemeinsamen Vertreters im neuen Spruchverfahren, Der Konzern 2006, 256.

⁹ Allgemein zu selektiven Zahlungen Mollnhuber, Umtauschverhältnis und Unternehmensbewertung bei der Verschmelzung (2017) 331 und 339.

¹⁰ Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 225f AktG Rz 3; Ramesohl, Aktieneigentum, 240; Wasmann/Mielke, WM 2005, 824; Bachner, Bewertungskontrolle, 128 f und 152.

¹¹ Wasmann/Mielke, WM 2005, 824; Bachner, Bewertungskontrolle, 152.

¹² Ramesohl, Aktieneigentum, 240.

¹³ Gall/Potyka/Winner, Squeeze-out (2006) Rz 485.

¹⁴ Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein, Verschmelzung, Kap VI. Rz 19.

¹⁵ Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 225f AktG Rz 4; Szep in Jabornegg/Strasser, AktG⁵, § 225f Rz 10; Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein, Verschmelzung, Kap III.G. Rz 7.

Antragsteller übertragen wird, die ihre Aktien erst nach Ankündigung der Squeeze-out-Absicht erworben haben.¹⁶ Zwar kann die gesetzliche Delegation von Gläubigerrechten als Eingriff in die Privatautonomie verfassungsrechtlichen Bedenken begegnen.¹⁷ Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der vorgeschlagenen Delegation sollte aber begründbar sein, weil diese mE im öffentlichen Interesse stünde sowie adäquat und verhältnismäßig wäre.¹⁸ Das öffentliche Interesse und die sachliche Rechtfertigung ergeben sich daraus, dass es zu verhindern gilt, dass ein eigentlich zum Schutz der Minderheitsaktionäre gegen eine allenfalls inadäquate Barabfindung gedachtes Verfahren weitgehend losgelöst von Bewertungsfragen zur Spekulation auf eine Nachzahlung verwendet werden kann.¹⁹ Adäquat und verhältnismäßig wäre die Delegation, 1.) weil sich das Vertretungsmonopol des gemeinsamen Vertreters auf das Überprüfungsverfahren beschränkt, während der Antragsteller außerhalb des Verfahrens frei über seine Nachzahlungsansprüche verfügen kann,²⁰ 2.) im Überprüfungsverfahren eine allfällige Nachzahlung wegen des *Erga-omnes*-Prinzips ohnedies für alle Aktionäre gleich hoch ausfällt, 3.) die Vertretung durch den gemeinsame Vertreter wegen § 225I Abs 1 AktG auch den Verfahrensaufwand der von ihm vertretenen Minderheitsaktionäre minimiert und 4.) durch die Sperrwirkung der vorgeschlagenen Neuregelung die Möglichkeit des zeit- und kostenintensiven Betreibens des gerichtlichen Verfahrens durch einzelne Antragsteller,²¹ des Ausscherens aus dem gerichtlichen Verfahren und letztlich des tendenziell unerwünschten Auskaufs individueller Antragsteller zulasten der passiven Aktionäre zumindest deutlich erschwert würde.

9. Als gemeinsame Vertreter dürfen nur Rechtsanwälte, Notare sowie Wirtschaftsprüfer bestellt werden. Die Unabhängigkeit des gemeinsamen Vertreters wird durch die vom Gesetz verlangte sinnngemäße Anwendung der Bestimmungen zur Befangenheit und Ausschluss von Abschlussprüfern (§§ 271 und 271a UGB) garantiert. Wie der OGH implizit herausgearbeitet hat, ist vom gemeinsamen Vertreter naturgemäß nicht Unabhängigkeit gegenüber den von ihm vertretenen Aktionären – die er häufig gar nicht kennt – verlangt,²² sondern es geht darum, dass keine Besorgnis einer Befangenheit aufgrund von Beziehungen zu den anderen Verfahrensparteien besteht.

10. In der gegenständlichen Entscheidung wurde an den OGH im Kern die Frage herangetragen, ob der behauptete nachträgliche Wegfall der Unabhängigkeit die gerichtliche Abberufung eines im betreffenden Nachprüfungsverfahren bereits jahrelang tätigen gemeinsamen Vertreters und die Bestellung eines neuen gemeinsamen Vertreters rechtfertigen kann.²³ Der zugrunde liegende Sach-

verhalt kann als durchaus speziell und etwas verwickelt bezeichnet werden: Im Nachprüfungsverfahren war ein Rechtsanwalt als gemeinsamer Vertreter bestellt worden und seit Jahren aktiv. Zwischen einem der Antragsteller im Nachprüfungsverfahren und der Antragsgegnerin (also der Hauptaktionärin) wurde – parallel zum Nachprüfungsverfahren – ein Schiedsverfahren zur Überprüfung der Angemessenheit der Squeeze-out-Barabfindung durchgeführt. Ziel dieser originellen Vorgangsweise war offenbar, im Wege eines vom eigentlichen Überprüfungsverfahren abgekoppelten *Fast-track*-Schiedsverfahrens²⁴ zu einem schnelleren Ergebnis zu gelangen als im gerichtlichen Außerstreitverfahren. Dieses Ziel wurde aber – zumindest vorläufig – verfehlt: Das Ergebnis des Schiedsverfahrens – der Schiedsspruch vom 20.12.2012 – wurde nämlich von der Schiedsklägerin durch Aufhebungsklage bekämpft. Weiters klagte die Schiedsklägerin den ursprünglichen, wegen Befangenheit gerichtlich abberufenen Vorsitzenden des Schiedsgerichts sowie in einem weiteren Verfahren alle Mitglieder des Schiedsgerichts auf Schadenersatz.²⁵ Sowohl im Anfechtungsverfahren als auch in einem der Schadenersatzprozesse gegen die Schiedsrichter wurde die Schiedsklägerin seit 2015 durch dieselbe Rechtsanwaltsgesellschaft vertreten; dieser Rechtsanwaltsgesellschaft wiederum – und hier schließt sich der Kreis – gehört der im gerichtlichen Nachprüfungsverfahren bestellte gemeinsame Vertreter als Gesellschafter (Kanzleipartner) an. Mit Blick auf diese Konstellation befürchtete das HG Wien den gemeinsamen Vertreter wegen Befangenheit ab.

11. Die vom Erstgericht angenommene Eintrübung der Unabhängigkeit und Unbefangenheit des gemeinsamen Vertreters springt freilich nicht unbedingt ins Auge. Vergrößert und vereinfacht gesprochen sind nämlich sowohl die Tätigkeit des gemeinsamen Vertreters im Nachprüfungsverfahren als auch die Tätigkeit des Rechtsvertreters im Aufhebungsverfahren und im Schadenersatzprozess wirtschaftlich darauf gerichtet, nach Möglichkeit eine Erhöhung der ursprünglich gewährten Barabfindung zu erreichen. Die Antragsgegnerin im Überprüfungsverfahren ist zudem zugleich die Beklagte im Verfahren über die Aufhebung des Schiedsspruchs. Insofern könnte man *prima facie* sogar von einem Interessensgleichklang der Tätigkeit des gemeinsamen Vertreters mit jener des Rechtsvertreters im Aufhebungsverfahren ausgehen. Im Übrigen wurde die Schiedsklägerin in der Rechtsanwaltskanzlei des gemeinsamen Vertreters ohnedies von einem anderen Kanzleipartner betreut als demjenigen, der als gemeinsamer Vertreter agierte.

12. Mit scharfem und durchaus strengem Blick haben jedoch Erst- und Instanzgericht erkannt, dass dennoch – insb wegen der vom Gesetz vorgezeichneten besonderen Dynamik des außerstreitigen Nachprüfungsverfahrens – die Besorgnis einer Befangenheit besteht, und diese Sichtweise wurde auch vom OGH (der den Revisionsrekurs des bisherigen gemeinsamen Vertreters zurückwies) nicht beanstandet. Schon § 225f Abs 2 AktG bestimmt, dass der gemeinsame Vertreter bei Wahrnehmung der Interessen der Aktionäre nach eigenem pflichtgemäßem Ermessen vorzugehen hat; dies gilt insb für die Entscheidung, „ob er einem Vergleich zustimmt, das Verfahren nach Rücknahme sämtlicher Anträge antragstellender Aktionäre weiterführt (Abs. 6) oder ein Rechtsmittel einbringt.“ Im zweitgenannten Fall der demonstrativen Aufzählung – wenn alle Antragsteller ihre Anträge auf Überprüfung zurückziehen – liegt die Vermutung eines Separatfriedens zwischen diesen Antragstellern und dem Antragsgegner nahe.²⁶ Damit ein solcher außerhalb des Verfahrens geschlossener Vergleich – der an sich zulässig ist²⁷ – nicht zulasten der gänzlich passiven Minderheitsaktionäre geht, steht dem gemeinsamen Vertreter gem § 225f Abs 6 AktG das Recht offen, das gerichtliche Verfahren nötigenfalls auch alleine gegen

¹⁶ Zur näheren Begründung dieses Vorschlags eines Ernstlichkeitsfilters *Hlawati/Glas/H. Foglar-Deinhardstein/Aichinger*, Squeeze-out: Spatz in der Hand statt Taube auf dem Dach? *GesRZ* 2016, 29 (31); zum Tag der Bekanntgabe auch *Mollnhuber*, Umtauschverhältnis, 331 und 336 f; andere Reformvorschläge bei *Rasinger*, Gesellschafterausschluss (Squeeze-out) in Österreich – Erfahrungsbericht und Vorschläge, *RdW* 2012, 457 (458 f).

¹⁷ Vgl. (offen) OGH 20.10.2015, 4 Ob 176/15h, *GesRZ* 2016, 224 (*Brandl/Klausberger*) = ÖBA 2016, 135 (*Kalss*) = *EvBl* 2016/52 (*Brenn*) = *ZFR* 2016/93 (*Baier*); *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht² (2015) § 34 Rz 64 f; *Fellner/Schmutzer*, Unter der Kuratel, ÖBA 2015, 105; *Reindl*, Kuratorenengesetz: Darf ein Gesetz einem Investor einen Kurator aufzwingen? *JBl* 2012, 409.

¹⁸ Zu diesen Kriterien siehe etwa *VfGH* 16.6.2005, G 129/04 ua, *ecolx* 2005/288 (*Reich-Rohrwig*) = *GES* 2005, 323 (*Chvosta*); 21.9.2011, G 175/10; *Koppensteiner*, *WBl* 2016, 720 und 727 f; *Rüffler*, Rechtlicher Rahmen der Unternehmensbewertung, in *Artrmann/Rüffler/Torggler*, Unternehmensbewertung und Gesellschaftsrecht (2014) 43 (48); *Winner*, Wert und Preis im Zivilrecht (2008) 388.

¹⁹ Zu „erpresserischen Aktionären“ bereits *obiter* OGH 6.11.2008, 6 Ob 91/08p, *GesRZ* 2009, 103 (*Schimka*) = *RWZ* 2009/4 (*Wenger*) = *ecolx* 2009/230 (*Rizzi*); zu immanen Unschärfen jeder Unternehmensbewertung *Mollnhuber*, Umtauschverhältnis, 341 ff.

²⁰ OGH 13.9.2001, 6 Ob 170/01w; *Bachner*, Aktionärskultur auf Österreichisch? *ecolx* 2002, 255 (258); vgl. auch *Kalss*, ÖBA 2016, 137; *Szep* in *Jabornegg/Strasser*, *AktG*⁵, § 225f Rz 7.

²¹ Aktenkundig sind etwa Fälle, in denen Antragsteller, die Rechtsanwälte sind, einander wechselseitig mit ihrer Vertretung im Nachprüfungsverfahren mandatierten – dies mit dem offensichtlichen Zweck, das Verfahren möglichst zeit- und kostenintensiv zu gestalten und damit den Lästigkeitswert des laufenden Verfahrens zu erhöhen.

²² So schon *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, *AktG*² (2012) § 225f Rz 5.

²³ Diese Möglichkeit schon bisher grundsätzlich bejahend *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, *AktG*², § 225f Rz 8; *Wasmann/Mielke*, *WM* 2005, 825.

²⁴ Allgemein zu *Fast-track*-Schiedsverfahren Wegen, „Fast-Track Arbitration“ im Unternehmenskaufrecht, in *FS Elsing* (2015) 639.

²⁵ Zu diesen beiden Schadenersatzprozessen OGH 17.2.2014, 4 Ob 197/13v, *ecolx* 2014/243 (*Petsche/A. Zollner*); 22.3.2016, 5 Ob 30/16x; vgl. zur erstgenannten Entscheidung *Klicka/Rechberger*, Aktuelle Fragen der Schiedsrichterhaftung im österreichischen Recht, *ÖJZ* 2015, 437; *Schüppen*, Schiedsverfahren und Unternehmensbewertungsgutachten, in *FS Elsing* (2015) 509 (520 f).

²⁶ Vgl. *Szep* in *Jabornegg/Strasser*, *AktG*⁵, § 225f Rz 8.

²⁷ *Bachner*, Bewertungskontrolle, 145 ff; vgl. auch OGH 13.9.2001, 6 Ob 170/01w; *Bachner*, *ecolx* 2002, 258.

den Antragsgegner weiterzuführen.²⁸ Zwar ist dieses Szenario vom Gesetz wohl eher als rechtsökonomische Drohkulisse gedacht, um die Einbindung des gemeinsamen Vertreters in außergerichtliche Vergleichsverhandlungen zu bewirken. Immerhin ist diese Situation der Verengung des Nachprüfungsverfahrens auf den gemeinsamen Vertreter als letzten verbleibenden prozessualen Gegenspieler des Hauptaktionärs aber rechtlich möglich. Spätestens in dieser Extremsituation erweist sich aber deutlich, dass die Interessen einzelner oder sogar aller Antragsteller und der vom gemeinsamen Vertreter zu vertretenden passiven Aktionäre durchaus – und zwar möglicherweise beträchtlich – auseinanderlaufen können, zumal die Aktionäre, die ihre Nachzahlungsansprüche aktiv betreiben, typischerweise kein ausgeprägtes Interesse an der Gleichbehandlung aller Aktionäre haben. Bei genauer Betrachtung zeigt nun das im gegenständlichen Fall von einem Antragsteller zunächst angestrebte und dann durch Aufhebungsklage bekämpfte *Fast-track*-Verfahren denselben Interessengegensatz: Auch hier wurde individuell – zwar nicht durch Vergleichsverhandlungen, aber durch ein Schiedsverfahren – eine vom gerichtlichen Verfahren losgelöste Streiterledigung verfolgt. Auch diese zugespitzte Konstellation ist daher geeignet, den freilich schon in der Ausgangssituation des Nachprüfungsverfahrens angelegten Interessenkonflikt zwischen Antragstellern und passiven Minderheitsaktionären offenzulegen, der eine Rechtsvertretung durch dieselbe Rechtsanwaltskanzlei verbietet.

13. Der OGH fasst dies in dem Rechtssatz zusammen: *„Es ist daher ausgeschlossen, einen Antragsteller ... oder einen Vertreter (Verfahrensbevollmächtigten) eines Antragstellers zum gemeinsamen Vertreter zu bestellen.“* Ergänzend präzisiert der OGH, dass schon die Rechtsvertretung in einem Verfahren, das *„in einem hinreichenden Zusammenhang mit dem Überprüfungsverfahren steht“*, ausreichen kann, um objektive Zweifel an der Unvoreingenommenheit des gemeinsamen Vertreters zu erwecken.

Heinrich Foglar-Deinhardstein

Mag. Heinrich Foglar-Deinhardstein, LL.M. ist Partner einer Rechtsanwaltskanzlei in Wien und schwerpunktmäßig mit Gesellschafts-, Umgründungs- und Stiftungsrecht sowie M&A befasst.

★

Anfechtung des Gewinnverteilungsbeschlusses bei AGs

§§ 104 und 197 AktG

1. Ohne satzungsmäßige Grundlage für einen gänzlichen oder teilweisen Ausschluss des Bilanzgewinns von der Verteilung ist die Unterbindung der Vollausschüttung – auch im Wege eines Gewinnvortrags auf neue Rechnung – unzulässig.

2. Die Satzungsbestimmung „Die Hauptversammlung beschließt ... über die Verwendung des Bilanzgewinns ...“ bildet keine ausreichende Grundlage für einen gänzlichen oder teilweisen Ausschluss des Bilanzgewinns von der Verteilung.

3. Im Regelfall ist jenseits der vom Gesetz gezogenen Grenzen kein Aktionär verpflichtet, sein Interesse an der Ausschüttung des Gewinns dem Gesellschaftsinteresse unterzuordnen.

4. Die Klage auf Anfechtung des Beschlusses der Hauptversammlung, mit dem der Bilanzgewinn nicht zur Gänze verteilt wird, wegen inhaltlicher Mängel kann nicht mit einem Begehren auf Feststellung des Beschlusses auf Vollausschüttung verbunden werden.

OGH 24.10.2016, 6 Ob 169/16w (OLG Wien 4 R 195/15y; LG Krems an der Donau 6 Cg 46/15x)

Der Kläger ist Aktionär der Beklagten und hat in der Hauptversammlung (im Folgenden: HV) am 20.3.2015 gegen die Beschlüsse auf Aus-

schüttung von nur rund 10 % des Bilanzgewinns des letzten Geschäftsjahres und Vortrag des Restbetrags sowie auf Abweisung seines auf Ausschüttung des gesamten Bilanzgewinns gerichteten Antrags gestimmt und Widerspruch zur Niederschrift erklärt. Nach der Satzung der Beklagten beschließt die HV *„alljährlich in den ersten acht Monaten des Geschäftsjahres über die Verwendung des Bilanzgewinns, wenn im Jahresabschluss ein solcher ausgewiesen ist, die Entlastung des Vorstandes und des Aufsichtsrats, die Wahl ...“*

Der Jahresabschluss der Beklagten für das Geschäftsjahr 2013/2014 weist einen Bilanzgewinn von 10.174.318,67 € aus. Der Kläger hält seit 15.1.2015 10 Stück auf Namen lautende Stückaktien der Beklagten, dies entspricht 0,00009 % aller Anteile am Grundkapital. Bei Vollausschüttung des Bilanzgewinns in der Höhe von 10.174.318,67 € erhält der Kläger 7,42 €.

Der Kläger begehrte die Nichtigerklärung der angefochtenen Beschlüsse und die Feststellung des Beschlusses der Vollausschüttung des gesamten ausgewiesenen Bilanzgewinns. Die angefochtenen Beschlüsse würden gegen das gesetzliche Gebot verstoßen, den Bilanzgewinn vollständig an die Aktionäre auszuschütten, weil die Satzung keine dahin gehende Ermächtigung enthalte.

Die Beklagte beantragte die Abweisung des Klagebegehrens.

- Das Erstgericht wies das Klagebegehren im Wesentlichen mit der Begründung ab, es sei schikanös und rechtsmissbräuchlich, wegen eines Interesses in Höhe von bloß 7,42 € die Beklagte zur Ausschüttung eines Betrags von 10,2 Mio € zu zwingen. Eine positive Feststellungsklage sei für das Begehren des Klägers unzulässig.
- Das Berufungsgericht änderte dieses Urteil teilweise dahin ab, dass es der Beschlussanfechtungsklage stattgab und das Begehren auf Feststellung eines Beschlusses über die Vollausschüttung abwies.
- Der OGH gab den Revisionen beider Parteien nicht Folge.

Aus den Entscheidungsgründen des OGH:

Zur Revision der Beklagten:

1.1. In der E 3 Ob 59/07h hat der OGH ausgesprochen, die HV dürfe ohne satzungsmäßige Grundlage den Bilanzgewinn weder ganz noch teilweise von der Verteilung ausschließen, auch nicht im Wege eines Gewinnvortrags auf neue Rechnung; sofern in der Satzung nichts anderes vorgesehen sei, bestehe ein Vollausschüttungsgebot. In dem dieser Entscheidung zugrunde liegenden Fall fand sich in der Satzung bloß die Formulierung: *„Die Hauptversammlung beschließt alljährlich ... über die Verwendung des im Vorjahre erzielten Reingewinns.“* Diese Formulierung wurde vom OGH nicht als Ermächtigung zum Vortrag des Gewinns auf neue Rechnung gesehen, zumal Gewinnverwendungsvorschriften wie grundsätzlich alle korporativen Satzungsbestimmungen deutlich formuliert sein müssten.

1.2. Diese Entscheidung erging allerdings noch zur Rechtslage vor dem AktRÄG 2009, BGBl I 2009/71. Damals war in § 104 AktG nur die Entlastung des Vorstands und des Aufsichtsrats geregelt; die Bestimmungen über die Gewinnverwendung fanden sich in § 126 AktG. Dort war in Abs 1 festgelegt, dass die HV über die *„Verteilung“* des Bilanzgewinns beschließt; Abs 3 enthielt dann die mit § 104 Abs 4 Satz 2 AktG idGF wortidentische Formulierung, dass die HV den Bilanzgewinn *„von der Verteilung ausschließen“* kann, soweit sie aufgrund der Satzung hierzu ermächtigt ist.

1.3. Die Formulierung des § 104 Abs 4 Satz 1 AktG, wonach die HV an den vom Vorstand mit Billigung des Aufsichtsrats *„festgestellten Jahresabschluss“* gebunden ist, bedeutet bloß, dass die HV nur über die Verwendung des sich daraus erge-

²⁸ Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG², § 225f Rz 7; Ramesohl, Aktieneigentum, 240.

GesRZ-JAHRESABO

INKLUSIVE **ONLINEZUGANG**
UND **APP** ZUM HEFT-DOWNLOAD



BESTELLEN SIE JETZT IHR JAHRESABO

Ja, ich bestelle ☐ Exemplare

GesRZ-Jahresabo 2017 inkl. Onlinezugang und App
(46. Jahrgang 2017, Heft 1-6)

EUR 170,-

Alle Preise exkl. MwSt. und Versandkosten. Abbestellungen sind nur zum Ende eines Jahrganges möglich und müssen bis spätestens 30. November des Jahres schriftlich erfolgen. Unterbleibt die Abbestellung, so läuft das jeweilige Abonnement automatisch auf ein Jahr und zu den jeweils gültigen Abopreisen weiter. Preisänderung und Irrtum vorbehalten.

Name/Firma Kundennummer

Straße/Hausnummer

PLZ/Ort E-Mail

Telefon (Fax) Newsletter: ☐ ja ☐ nein

Datum/Unterschrift

Handelsgericht Wien, FB-Nr.: 102235X, ATU 14910701, DVR: 000 2356

Linde Verlag Ges.m.b.H.
Scheydgasse 24
PF 351, 1210 Wien
Tel: 01 24 630-0
Bestellen Sie online unter
www.lindeverlag.at
oder via E-Mail an
office@lindeverlag.at
oder per Fax
01/24 630-53