

schränkt, ohne die Gegenforderung nochmals festzustellen.⁷⁵

F. Zusammenfassung der Ergebnisse

Das Dogma von der Unzulässigkeit der prozessualen Aufrechnungseinrede im Außerstreitverfahren hält – entsprechend der ganz überwiegenden Lehre – einer näheren Überprüfung nicht stand. Das Fehlen von Parallelbestimmungen zu § 391 Abs 3, § 411 Abs 1 Satz 2 ZPO im AußStrG hat keine Aussagekraft für die Existenz einer Aufrechnungseinrede, weil diese Normen auch im streitigen Zivilprozess nicht die normative Grundlage für die Zulässigkeit der prozessualen Aufrechnung darstellen. Abgesehen davon wäre eine dennoch konstatierte Lücke durch deren analoge Anwendung zu schließen.

Selbst die prozessuale Aufrechnung mit „verfahrensfremden“ Gegenforderungen ist – sowohl im streitigen wie im außerstreitigen Prozess – für zulässig zu erachten. Die deutlich besseren Gründe sprechen nämlich dafür, die Prozessvoraussetzung der Zulässigkeit des (außer)streitigen Verfahrens hinsichtlich der Gegenfor-

derung nicht als Voraussetzung für die Aufrechnungseinrede anzusehen. Die Vorteile einer bedingten und „rechtskraftfähigen“ Aufrechnung aus Sicht des Prozessgegners sowie aus der Warte der Prozessökonomie sind nämlich höher zu gewichten als die – mit Blick auf die Möglichkeit der außergerichtlichen Aufrechnung deutlich zu relativierenden – Nachteile, welche die Entscheidung über die Gegenforderung in der „falschen“ Verfahrensart mit sich bringt.

Fazit: Fast „[a]lle sachlichen Gründe sprechen [damit] dafür, aber keine zwingenden methodischen Bedenken dagegen“,⁷⁶ eine prozessuale Aufrechnung auch im Außerstreitverfahren zuzulassen und zwar selbst mit streitigen Gegenforderungen.

Über den Autor und die Autorin:

Univ.-Prof. MMag. Dr. Martin Trenker ist Leiter des Instituts für Zivilgerichtliches Verfahren der Universität Innsbruck.

Univ.-Ass. Mag.^a Antonia Werner ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Zivilgerichtliches Verfahren der Universität Innsbruck.

⁷⁵ OGH 1 Ob 235/35 SZ 17/58; 4 Ob 35/53; 1 Ob 146/16 a; RIS-Justiz RS0041017 [T 1, 2]; vgl auch *Danzl*, Geo. online – Kommentar zur Geschäftsordnung für die Gerichte I. und II. Instanz § 545 Rz 10 (Stand 10. 1. 2021, rdb.at).

⁷⁶ So OGH 1 Ob 218/19 v im Anschluss an *Trenker*, wobl 2015/105, 276 (277) (Anm).

NZ 2022/46

Leben mit der Unschärfe – OGH entlastet das Nachprüfungsverfahren

Praxisüberlegungen zum kalten Delisting und zum Nachprüfungsverfahren aus Anlass von 6 Ob 113/21 t
Das Verfahren zur Überprüfung der Angemessenheit der Barabfindung, die etwa bei der formwechselnden Umwandlung austrittswilligen Anteilseignern anzubieten ist, leidet in der Praxis unter der häufigen Teilnahme von Antragstellern, die zum Zweck der Abfindungsspekulation ihren im Verfahren erzeugten Lästigkeitswert in bare Münze umzusetzen versuchen. Auch vor diesem Hintergrund ist es sehr zu begrüßen, dass der OGH in 6 Ob 113/21 t an seiner klaren Linie festhält, die darauf abzielt, das Nachprüfungsverfahren auf seinen eigentlichen Zweck – eine bloße Plausibilitätskontrolle ohne individuelle Leistungszusprüche – zurückzuführen.

Von Heinrich Foglar-Deinhardstein und Nikolaus Feldscher

Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Verlauf von Umwandlung, Delisting und Squeeze-out der verfahrensgegenständlichen Gesellschaft
- C. Delisting
- D. Rechtsformwechselnde Umwandlung
 - 1. Umwandlungsbeschluss
 - 2. Anmeldung der Gesellschafter
 - 3. Sell-out und Barabfindung
 - 4. Kapitalmarktrechtlicher Sell-out
- E. Verfahren zur Überprüfung der Barabfindung
 - 1. Konkreter Verfahrensverlauf
 - 2. Antragslegitimation
 - 3. Gegenstand des Überprüfungsverfahrens

- 4. Zinsen
- 5. Angemessenheit der Barabfindung
- F. Zusammenfassung und Fazit

A. Einleitung

In der E 6 Ob 113/21 t¹ hatte der OGH – bereits zum zweiten Mal² – jenes Nachprüfungsverfahren zu behandeln, das aus Anlass der rechtsformwechselnden Um-

¹ OGH 6. 8. 2021, 6 Ob 113/21 t, *Aurea Software*.

² In der E OGH 21. 3. 2019, 6 Ob 42/19 y, *Aurea Software*, wurde über einen Antrag auf Abberufung der gemeinsamen Vertreterin gem § 244 iVm §§ 225 f, 234 b AktG abgesprochen.

wandlung der *update software AG* in die *Aurea Software GmbH* von austretenden Anteilseignern dieser Gesellschaft zur Überprüfung der ihnen gewährten Barabfindung angestrengt worden war.

B. Verlauf von Umwandlung, Delisting und Squeeze-out der verfahrensgegenständlichen Gesellschaft

Die *update software AG* war eine österr AG, deren Aktien an der Börse in Frankfurt am Main notierten. Nach dem Erwerb einer Mehrheit der Aktien durch die *Aurea Software FZ-LLC* im Jahr 2014 beschloss die ordentliche Hauptversammlung der *update software AG* vom 10. 6. 2015 die rechtsformwechselnde Umwandlung in eine GmbH gem § 239ff AktG. Zu diesem Zeitpunkt hielt die *Aurea Software FZ-LLC* ca 83,1% der Aktien; ca 2% ihrer eigenen Aktien wurden von der *update software AG* selbst gehalten.

Die Umwandlung wurde am 18. 11. 2015 im Firmenbuch eingetragen und hatte *ipso iure* ein kaltes Delisting der Gesellschaft (s dazu noch näher Pkt C) zur Folge, weil GmbH-Anteile nicht börsennotiert sein können.

Nach durchgeführter Umwandlung und daraus resultierendem Delisting beschloss in weiterer Folge die Generalversammlung der – nunmehr – *Aurea Software GmbH* am 23. 6. 2016 gem §§ 1 ff GesAusG den Ausschluss der Minderheitsgesellschafter und die Übertragung aller Minderheitsanteile auf die Hauptgesellschafterin, die *Aurea Software FZ-LLC*.

Der Grund für diesen dem Delisting „nachhinkenden“ Squeeze-out dürfte in der ursprünglich noch fehlenden Squeeze-out-Mehrheit zu finden sein: Gem § 1 Abs 2 GesAusG setzt ein gesellschaftsrechtlicher Squeeze-out voraus, dass dem Hauptgesellschafter der betroffenen Kapitalgesellschaft Anteile in Höhe von mindestens 90% des Nennkapitals gehören. Bei der Ermittlung der Berechnungsgrundlage sind zwar eigene Anteile, die die Gesellschaft direkt oder über einen Treuhänder hält, abzuziehen; auch bei Ausblendung der eigenen Aktien der *update software AG* erreichte die *Aurea Software FZ-LLC* aber im Juni 2015 die erforderliche Squeeze-out-Mehrheit noch nicht. Für die rechtsformwechselnde Umwandlung genügt hingegen einer Mehrheit von (zumindest)³ drei Viertel des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals.⁴ Über eine solche Mehrheit verfügte die *Aurea Software FZ-LLC* schon damals. Zum Zeitpunkt des Squeeze-out-Beschlusses hielt die Hauptgesellschafterin dann ca 91,7% des Stammkapitals; die Gesellschaft selbst verfügte über einen eigenen Anteil

im Ausmaß von ca 2%.⁵ Bei gem § 1 Abs 2 GesAusG gebotenem Abzug des eigenen Anteils ergab sich sogar eine Beteiligung der Hauptgesellschafterin iHv 93,6%.

C. Delisting

Zu unterscheiden sind unfreiwilliges, freiwilliges und kaltes Delisting. Ein **unfreiwilliges Delisting** wird amtsweilig durch das Börseunternehmen verfügt, wenn es die Zulassung zum Amtlichen Handel widerruft, beispielsweise wegen fehlenden Vorliegens oder nachträglichen Wegfalls der Zulassungserfordernisse oder bei beharrlichen Pflichtverletzungen des börsennotierten Unternehmens.⁶ Demgegenüber findet ein **freiwilliges Delisting** statt, wenn das börsennotierte Unternehmen aus eigenem Antrieb den Antrag auf Widerruf seiner Zulassung zum Börsehandel stellt.⁷ Ein **kaltes Delisting** erfolgt zwar grundsätzlich ebenso freiwillig, formal jedoch nicht über entsprechenden Antrag, sondern amtswegig.⁸

Diese kalte (als die häufigste) Form des Delistings wird – etwa im Rahmen von gesellschaftsrechtlichen Umstrukturierungen – durch das zielgerichtete Herbeiführen eines Zustands erreicht, in dem die Zulassungsvoraussetzungen nicht mehr erfüllt sind, sodass das Börseunternehmen die Börsezulassung zu widerrufen hat.⁹ Solche Umstrukturierungen sind beispielsweise – wie im gegenständlichen Fall – die formwechselnde Umwandlung in eine GmbH,¹⁰ aber auch die Verschmelzung auf eine andere Gesellschaft¹¹ oder – in der praktisch häufigsten

⁵ Zur Zulässigkeit des Haltens eigener Anteile der vormaligen AG durch eine GmbH, die durch Umwandlung aus der AG hervorgegangen ist, *Szep in Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 241 Rz 11; *Eckert/Schopper/Dobrijević in Eckert/Schopper*, AktG-ON^{1.00} § 241 Rz 7; *Zollner in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 241 Rz 9; *H. Foglar-Deinhardstein*, GesRZ 2020, 363; *H. Foglar-Deinhardstein in Napokoj/Foglar-Deinhardstein/Pelinka*, AktG § 65 a Rz 2. UE darf eine GmbH jene eigenen Anteile grds auch dauerhaft behalten, die ihr aus einem Rechtsformwechsel aus einer AG zugekommen sind, zumal § 81 GmbHG nicht einmal den Erwerb eigener Anteile durch Gesamtrechtsnachfolge (und daher umso weniger durch identitätswahrenden Rechtsformwechsel) verbietet, und ein einmal zulässig durchgeführter Erwerb eigener Aktien durch die Gesellschaft im seinerzeitigen Rechtskleid der AG nicht nachträglich unzulässig werden kann.

⁶ Vgl § 38 Abs 4 BörseG 2018.

⁷ Vgl § 38 Abs 6 BörseG 2018.

⁸ *H. Foglar-Deinhardstein*, Wurde das kalte Delisting kaltgestellt? NZ 2017, 321 (322).

⁹ *H. Foglar-Deinhardstein*, NZ 2017, 321 (322).

¹⁰ Siehe insb die formwechselnde Umwandlung der *TeleTrader Software AG* in die *TeleTrader Software GmbH*: HG Wien 4. 7. 2012, 74 Fr 10650/12h; vgl dazu auch OGH 30. 9. 2013, 6 Ob 83/13v, *TeleTrader*, GesRZ 2014, 128 (Kalss).

¹¹ Siehe bspw die grenzüberschreitende Verschmelzung der österr und in Wien börsennotierten *RHI AG* auf ihre niederländische und in London börsennotierte Tochtergesellschaft *RHI Magnesita N.V.* (HG Wien 24. 10. 2017, 75 Fr 16800/17d; 17. 11. 2017, 75 Fr 17745/17v). Zu weiteren konkreten Beispielen aus der Transaktionspraxis *H. Foglar-Deinhardstein*, Die Investorenvereinbarung – Beobachtungen zu einem Phänomen der Transaktionspraxis, in *Kalss/Torggler*, Aktuelle Fragen bei M&A 121 (124

³ Die Satzung darf gem § 239 Abs 2 AktG höhere Zustimmungserfordernisse vorsehen.

⁴ § 239 Abs 2 AktG.

Gestaltungsvariante – der Gesellschafterausschluss nach dem GesAusG.¹² Der Formwechsel von der börsennotierten AG in eine GmbH wird in der Literatur als die „eleganteste Lösung“ für den Rückzug vom Börsenhandel bezeichnet.¹³

Bis zum Inkrafttreten des BörseG 2018 war das kalte Delisting in Österreich für zahlreiche gelistete Gesellschaften die einzige Möglichkeit, sich geplant und strukturiert von der Börse zurückzuziehen, weil die alte Rechtslage¹⁴ – wie ausdrücklich durch den VwGH bestätigt¹⁵ – das freiwillige Delisting nur für den Regierten Freiverkehr, nicht jedoch für den Amtlichen Handel vorgesehen hat.¹⁶

Der österr. Gesetzgeber gewährt die in der Zwischenzeit mit dem BörseG 2018 eingeführte Möglichkeit des freiwilligen Delistings nunmehr auch für den Amtlichen Handel (mit dem der Regierte Freiverkehr zusammengeführt wurde). Die gelistete Gesellschaft darf den Antrag auf Widerruf der Zulassung aber nur mit Zustimmung einer qualifizierten Mehrheit der Aktionäre stellen (Beschluss der Hauptversammlung von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen oder Verlangen von insgesamt über drei Viertel des stimmberechtigten Grundkapitals verfügenden Aktionären). Weitere Voraussetzung ist, dass entweder (i) die Aktien der Gesellschaft bereits mindestens drei Jahre lang amtlich notiert gewesen sind und dem Delisting-Antrag innerhalb der letzten sechs Monate ein Delisting-Übernahmeangebot gem § 38 Abs 8 Z 1 BörseG 2018 iVm § 27 e ÜbG vorausgegangen ist; oder (ii) die Aktien der Gesellschaft mindestens ein Jahr lang gelistet gewesen sind und trotz Widerrufs weiterhin in einem EWR-Mitgliedstaat zugelassen sein werden, wo ein freiwilliges Delisting an gleichwertige Voraussetzungen gebunden ist.¹⁷

FN 13); H. Foglar-Deinhardstein, NZ 2017, 321 (322 f FN 16, 324 FN 28).

¹² Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³ Vor §§ 1–11 GesAusG Rz 5, § 1 GesAusG Rz 4; Dregger/Eigner, Das freiwillige Delisting vom Amtlichen Handel, ÖBA 2018, 850 (852 f); Dobrowolski, Das Delisting nach dem BörseG 2018, GesRZ 2017, 294; Fidler in Kalss/Oppitz/Torggler/Winner, BörseG/MAR § 38 BörseG Rz 134; Wolfbauer in Gruber, BörseG 2018/MAR § 38 BörseG Rz 56; H. Foglar-Deinhardstein/Feldscher in Adensamer/Mitterecker, Gesellschafterstreit Rz 11/141; vgl auch OGH 23. 6. 2017, 6 Ob 221/16t, BWT, GesRZ 2017, 323 (Nicolussi) = ZFR 2017/188 (Winner) = ÖBA 2017, 629 (Dregger/Edelmann) = Obradović, GES 2017, 357 = ecolex 2017/364 (J. Reich-Rohrwig); 23. 4. 2020, 6 Ob 56/20h, BWT, GesRZ 2020, 356 (H. Foglar-Deinhardstein); H. Foglar-Deinhardstein, NZ 2017, 321; H. Foglar-Deinhardstein/Aichinger, GesRZ 2021, 246.

¹³ Wolfbauer, ZFR 2015, 22 (24).

¹⁴ § 83 Abs 4 BörseG 1989.

¹⁵ VwGH 28. 3. 2014, 2014/02/0033, BF Holding AG, ÖBA 2015, 303 (Dollenz) = ZFR 2015, 22 (Wolfbauer) = Limberg, ecolex 2015, 847; krit Koppensteiner, RdW 2015, 549, und OGH 23. 6. 2017, 6 Ob 221/16t, BWT, Pkt 3.1.2.

¹⁶ H. Foglar-Deinhardstein, NZ 2017, 321 (322).

¹⁷ § 38 Abs 6 iVm Abs 8 Z 2 BörseG 2018. Vgl Edelmann/Winner, Das Delisting nach dem BörseG 2018, ZFR 2017, 375 (376 ff); H. Foglar-Deinhardstein, NZ 2017, 321 (332 f).

Mit der Schaffung der Möglichkeit des freiwilligen Delistings gem § 38 Abs 6 BörseG wollte der Gesetzgeber das kalte Delisting jedoch keineswegs abschaffen.¹⁸ Vielmehr ergänzte der Gesetzgeber flankierend zum BörseG 2018 das AktG und weitere einschlägige Gesetze um neue Bestimmungen, durch die das kalte Delisting ausdrücklich legitimiert wurde, wenn auch sinngemäß zu den Voraussetzungen des § 38 Abs 8 BörseG.¹⁹ Seitdem bedarf beispielsweise eine formwechselnde Umwandlung einer im Inland börsennotierten AG in eine GmbH gem § 240 Abs 3 AktG iVm § 27 f ÜbG grundsätzlich ebenfalls eines Pflichtangebots, das „unter Hinweis auf die geplante Umwandlung innerhalb der letzten sechs Monate vor der Anmeldung oder unter Hinweis auf den gefassten Umwandlungsbeschluss [...] veröffentlicht wurde“.²⁰ Auf diese Weise soll sichergestellt werden, dass die Bestimmungen des freiwilligen Delistings nicht umgangen werden können.²¹

Als Ausnahme zur oben erwähnten Regel ist es jedoch weiterhin möglich, ein kaltes Delisting ohne Übernahmeangebot mit Hilfe des Gesellschafterausschlusses herbeizuführen.²² Im Übrigen unterscheiden sich ein kaltes Delisting durch Umwandlung oder Verschmelzung einerseits und ein kaltes Delisting infolge eines Squeeze-outs andererseits naturgemäß auch in Hinblick auf die Aktionärszusammensetzung nach dem Delisting, weil eine Umwandlung oder Verschmelzung – anders als der Squeeze-out – nicht zu einem Ausschluss der Minderheitsaktionäre führt.²³

Seit Inkrafttreten der neuen Delisting-Bestimmungen gab es übrigens erst ein übernahmerechtliches Delisting-Angebot;²⁴ dieses stand nicht iZm einer formwechselnden Umwandlung oder einer sonstigen Umgründung und mündete also nicht in einem kalten, sondern in einem freiwilligen Delisting.

Der Umwandlung der *update software AG* in die *Aurea Software GmbH* im Jahr 2015 ging kein Pflichtangebot voraus. Diese Umwandlung erfolgte nämlich noch unter alter Rechtslage, die dieses Erfordernis noch nicht kannte. Abgesehen davon schreibt auch § 240 Abs 3

¹⁸ E. Gruber in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 148 Rz 33.

¹⁹ Siehe zB § 148 Abs 2 a, § 225 Abs 2 a, § 240 Abs 3 AktG.

²⁰ § 240 Abs 3 AktG.

²¹ ErläutRV 1661 BlgNR 25. GP 62.

²² Kalss in MüKo, AktG³ § 1 GesAusG Rz 4; H. Foglar-Deinhardstein/Feldscher in Adensamer/Mitterecker, Gesellschafterstreit Rz 11/141; Dregger/Eigner, ÖBA 2018, 850 (852 f); H. Foglar-Deinhardstein, NZ 2017, 321 (322, 327, 333); Dobrowolski, GesRZ 2017, 294; Fidler in Kalss/Oppitz/Torggler/Winner, BörseG/MAR § 38 BörseG Rz 134; Wolfbauer in Gruber, BörseG/MAR § 38 BörseG Rz 56; vgl OGH 23. 6. 2017, 6 Ob 221/16t, BWT; 23. 4. 2020, 6 Ob 56/20h, BWT.

²³ H. Foglar-Deinhardstein/Feldscher in Adensamer/Mitterecker, Gesellschafterstreit, Rz 11/52, 11/141.

²⁴ Delisting-Angebot vom 31. 1. 2018 (GZ 2018/2/1) der KTM Industries AG als Bieterin hinsichtlich der Anteile an der Pankl Racing Systems AG.

AktG nF das Pflichtangebot nur bei Umwandlung einer im Inland börsennotierten (österr)²⁵ AG vor. Da die *update software AG* nicht in Österreich, sondern in Deutschland gelistet war, hätte somit auch nach aktueller Rechtslage keine Pflicht nach § 240 Abs 3 AktG nF bestanden.²⁶

D. Rechtsformwechselnde Umwandlung

Wie bereits dargestellt, ermöglicht die rechtsformwechselnde Umwandlung wie im gegenständlichen Fall ein kaltes Delisting.²⁷ Hierbei ändert sich die Rechtsform der Gesellschaft von einer AG auf eine GmbH, wobei die Umwandlung identitätswahrend ist, sodass es sich nach dem Rechtsformwechsel um dieselbe juristische Person und nicht um eine Nachfolgegesellschaft handelt.²⁸

1. Umwandlungsbeschluss

Der Beschluss auf rechtsformwechselnde Umwandlung einer AG in eine GmbH gem § 239 AktG muss in der Hauptversammlung mit einer Mehrheit von (zumindest)²⁹ drei Viertel des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals erfolgen.³⁰ Ist die Umwandlung nicht verhältnismäßig, sodass sich das Beteiligungsverhältnis der Anteilseigner durch die Umwandlung ändert, muss zusätzlich auch jeder Anteilseigner zustimmen, dessen Beteiligungsverhältnis sich durch die Umwandlung reduziert.³¹

Aufgrund der zwingenden Bestimmung des § 6 Abs 1 GmbHG muss die Stammeinlage eines GmbH-Gesellschafters zumindest € 70,- betragen. In diesem Zusammenhang stellt sich daher die Frage, wie mit Anteilseignern zu verfahren ist, deren Stammeinlage nach der Umwandlung in die GmbH € 70,- unterschreiten würde. Es kommt dabei grundsätzlich in Betracht, diese Gesellschafter (i) durch die Umwandlung (*de facto*) aus der Gesellschaft auszuschließen; (ii) mit anderen kleinen Gesellschaftern gem § 80 GmbHG zusammenzufassen, sodass die zusammengefasste Stammeinlage gemeinsam die Schwelle von € 70,- überschreiten würde; oder (iii) zu Lasten eines anderen Gesellschafters eine Mindeststammeinlage von € 70,- zu gewähren. Variante

(ii) ist am einfachsten umzusetzen, während die Varianten (i) und (iii) naturgemäß jeweils die individuelle Zustimmung des jeweils benachteiligten Gesellschafters verlangen.³²

2. Anmeldung der Gesellschafter

Da gem § 5 Z 6 FBG die Gesellschafter einer GmbH im Firmenbuch einzutragen sind, ist es nur konsequent, dass diese gem § 240 Abs 1 AktG auch im Rahmen der Anmeldung der Umwandlung anzumelden sind. Eine solche Pflicht zur Eintragung der Anteilseigner im Firmenbuch besteht bei AGs nämlich grundsätzlich nicht, sondern gem § 35 AktG nur für Ein-Personen-AGs.

Eine AG darf grundsätzlich nur Namensaktien ausgeben³³ und hat ein Aktienbuch über die Namensaktionäre zu führen.³⁴ Im Gegensatz dazu sind Aktionäre einer börsennotierten AG jedoch oftmals unbekannt, da gemäß der *lex specialis* des § 10 Abs 1 Z 1 AktG börsennotierte³⁵ AGs Inhaberaktien ausgeben dürfen. Die AG könnte zwar zur Vorbereitung ihrer Umwandlung öffentlich dazu aufrufen, die Aktionärsstellung nachzuweisen, oder das gem § 117 AktG aufzustellende Teilnehmerverzeichnis der die Umwandlung beschließenden Hauptversammlung für die Identifikation der Aktionäre heranziehen³⁶ – eine gesetzliche Verpflichtung zur aktiven Nachforschung besteht jedoch nicht.³⁷

Sind einzelne Aktionäre nicht bekannt, sodass diese mit dem Umwandlungsbeschluss auch nicht namentlich angemeldet werden können, verhindert dies nicht die Umwandlung. Vielmehr sieht das Gesetz für diesen Fall vor, dass „[s]oweit Aktionäre unbekannt sind, [...] dies unter Bezeichnung der Aktienurkunde und des auf die Aktie entfallenden Geschäftsanteils anzugeben [ist]“.³⁸ Oftmals ist jedoch nicht einmal eine anonymisierte Zuordnung von Geschäftsanteilen möglich, weil zB nicht identifizierbar ist, wie viele Aktionäre unbekannt sind und wie viele Aktien ihnen jeweils gehören. Die Umwandlung ist aber selbst diesfalls zulässig, sofern nicht in das Beteiligungsverhältnis der unbekannten Gesellschafter bzw in deren Individualzustimmungserfordernis gem § 239 Abs 4 AktG eingegriffen wird. Sind die Zustimmungserfordernisse des § 239 AktG erfüllt, so ist ein Geschäftsanteil für alle unbekannten Gesellschaf-

²⁵ Auf ausländische Gesellschaften gelangt § 240 Abs 3 AktG nicht zur Anwendung, selbst wenn die Gesellschaft in Österreich börsennotiert ist (ErläutRV 1661 BlgNR 25. GP 62; Zollner in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 240 Rz 22).

²⁶ Vgl Bertsch in Napokoj/Foglar-Deinhardstein/Pelinka, AktG § 148 Rz 9; E. Gruber in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 148 Rz 35.

²⁷ Siehe FN 10.

²⁸ Vgl § 241 AktG.

²⁹ Die Satzung darf gem § 239 Abs 2 AktG höhere Zustimmungserfordernisse vorsehen.

³⁰ § 239 Abs 2 AktG.

³¹ § 239 Abs 4 Satz 2 AktG. Die Zustimmung von Anteilseignern, deren Beteiligung sich durch die Umwandlung vergrößern soll, ist nicht gesetzlich verlangt (Zollner in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 239 Rz 23).

³² Szep in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 239 Rz 11 ff; Eckert/Schopper/Dobrijević in Eckert/Schopper, AktG-ON^{1.00} § 239 Rz 12 ff; Zollner in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 239 Rz 23 ff.

³³ § 9 AktG.

³⁴ § 61 AktG. Jedoch ist auch trotz Aktienbuchs die Identität des Aktionärs nicht immer gesichert (Zollner in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 239 Rz 44).

³⁵ In dem Zusammenhang ist irrelevant, ob die AG an einer inländischen oder ausländischen Börse gelistet ist. So ausdrücklich § 3 AktG, auf den § 10 Abs 1 Z 1 AktG verweist.

³⁶ Zollner in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 240 Rz 9.

³⁷ Eckert/Schopper/Dobrijević in Eckert/Schopper, AktG-ON^{1.00} § 240 Rz 8.

³⁸ § 240 Abs 1 Satz 2 AktG.

ter samt Angaben zu Gattung und Stückelung ins Firmenbuch einzutragen.³⁹ Für den Fall, dass nach erfolgter Eintragung unbekannte Gesellschafter nachträglich der Gesellschaft bekannt werden, so ist diese verpflichtet, die Eintragung dieser Gesellschafter zum Firmenbuch anzumelden.⁴⁰

Als die *update software AG* ihre formwechselnde Umwandlung anmeldete, waren ihr zu insgesamt 1.043.220 Stückaktien – somit rund 9% des Grundkapitals – die Aktionäre unbekannt. Das HG Wien trug daher im Rahmen der Umwandlung zugunsten dieser unbekannten Anteilseigner einen Geschäftsanteil, korrespondierend mit einer Stammeinlage in Höhe von € 1.043.220,-, in das Firmenbuch ein.

Nach Eintragung der Umwandlung und bis zum Ausschluss der Minderheitsgesellschafter nach dem GesAusG wiesen ehemalige Aktionäre, die insgesamt 427.599 Stückaktien hielten, der Gesellschaft ihre Anteilseignerstellung nach. Diese Gesellschafter entschieden sich entweder, ihre Gesellschafterstellung zu behalten, sodass sie nun auch namentlich als Gesellschafter im Firmenbuch eingetragen wurden, oder ihre Beteiligung an die *Aurea Software FZ-LLC* zu übertragen – sei es mittels Kaufvertrags oder im Rahmen des Barabfindungsangebots.

3. Sell-out und Barabfindung

Das AktG schützt Minderheitsgesellschafter im Rahmen der rechtsformwechselnden Umwandlung und gewährt diesen durch ein gesetzliches Austrittsrecht eine Sell-out-Möglichkeit. Demnach haben alle Aktionäre, die während der (ordnungsgemäß einberufenen) Hauptversammlung⁴¹ (i) gegen die Umwandlung gestimmt und (ii) gegen den Umwandlungsbeschluss Widerspruch zu Protokoll gegeben haben,⁴² das unabdingbare⁴³ Recht auf angemessene Barabfindung gegen Hingabe ihres jeweiligen aus der Umwandlung hervorgehenden GmbH-Geschäftsanteils. Die Angemessenheit stellt darauf ab, dass die Barabfindung dem Wert der Beteiligung entspricht.⁴⁴ (Gesellschafts-)vertragliche Beschränkungen der Höhe der Barabfindung (wie etwa im Rahmen von Buchwertklauseln) wären gem § 879 ABGB nichtig.⁴⁵

Barabfindungsschuldner kann die Gesellschaft selbst oder ein Dritter sein.⁴⁶ Im Gegensatz zu den Bestimmungen des GesAusG sieht bei der formwechselnden Umwandlung § 244 AktG nicht vor, dass zwingend der Hauptgesellschafter die Abfindung zu leisten hat, sondern lässt grundsätzlich auch die Gesellschaft selbst als Abfindungsschuldner zu. § 244 AktG stellt daher einen Ausnahmetatbestand zu den kapitalerhaltsrechtlichen Vorschriften des § 52 AktG und § 82 GmbHG dar.⁴⁷ Leistet die Gesellschaft an den austretenden Anteilseigner, kann sie dessen Anteil gem § 65 Abs 1 Z 5 AktG erwerben, sofern die Voraussetzung des § 65 Abs 2 Satz 2 und 3 AktG erfüllt sind.⁴⁸ Dazu muss (i) der Abzug vom Nennkapital und die Bildung der Rücklage gem § 229 Abs 1 a UGB erfolgen können, ohne dass das Nettoaktivvermögen das Grundkapital und eine nach Gesetz oder Satzung gebundene Rücklage unterschreitet, sodass „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 Aktien führen [...] – immer noch zumindest die Summe aus Grundkapital und gebundenen Rücklagen decken muss“⁴⁹ und (ii) der Ausgabebetrag auf die Aktien voll geleistet worden sein. Das Barabfindungsangebot seitens eines Dritten ist praktisch dann interessant, wenn die umzuwandelnde Gesellschaft diese Vorgaben für die Stellung des Barabfindungsangebots verfehlt.⁵⁰ Möglich wäre auch, dass jeweils ein unterschiedlicher Rechtsträger als Barabfindungsschuldner einerseits und Erwerber der Anteile der austretenden Anteilseigner andererseits agiert.⁵¹

Gem § 244 AktG hat der Barabfindungsschuldner die Barzahlung im Zuge der Vorbereitung der Umwandlung anzubieten. Der Barabfindungsschuldner hat das Angebot spätestens mit der Einberufung⁵² der die Umwandlung beschließenden Hauptversammlung zu machen, der Vorstand hat spätestens 21 Tage vor der Hauptver-

⁴⁶ § 244 Abs 1 AktG.

⁴⁷ H. Foglar-Deinhardstein/Feldscher in Adensamer/Mitterecker, *Gesellschafterstreit* Rz 11/198.

⁴⁸ Kalss, *Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung*² § 234 b AktG Rz 59 f; H. Foglar-Deinhardstein in Napokoj/Foglar-Deinhardstein/Pelinka, AktG § 65 Rz 9 f, 11 f; 29, 31; Zollner in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 244 Rz 14; Eckert/Schopper/Dobrijević in Eckert/Schopper, AktG-ON^{1.00} § 244 Rz 11; H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG § 81 Rz 26, 29.

⁴⁹ H. Foglar-Deinhardstein in Napokoj/Foglar-Deinhardstein/Pelinka, AktG § 65 Rz 9.

⁵⁰ H. Foglar-Deinhardstein/Feldscher in Adensamer/Mitterecker, *Gesellschafterstreit* Rz 11/56.

⁵¹ Kalss, *Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung*³ § 9 SpaltG Rz 15; H. Foglar-Deinhardstein/Trettnak, *Erwerb eigener Aktien bei der Barabfindung anlässlich der (grenzüberschreitenden) Verschmelzung*, RWZ 2014, 7 (FN 8); H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG § 81 Rz 27.

⁵² Szep in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 244 Rz 4.

³⁹ Zollner in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 240 Rz 11 f; Eckert/Schopper/Dobrijević in Eckert/Schopper, AktG-ON^{1.00} § 240 Rz 8; Szep in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 240 Rz 7.

⁴⁰ Zollner in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 240 Rz 11; Eckert/Schopper/Dobrijević in Eckert/Schopper, AktG-ON^{1.00} § 240 Rz 8.

⁴¹ Szep in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 244 Rz 5.

⁴² Eine bloße Gegenstimme ohne Widerspruch zu Protokoll ist nicht ausreichend (Szep in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 244 Rz 5).

⁴³ H. Foglar-Deinhardstein/Feldscher in Adensamer/Mitterecker, *Gesellschafterstreit* Rz 11/237; Eckert/Schopper/Dobrijević in Eckert/Schopper, AktG-ON^{1.00} § 244 Rz 2.

⁴⁴ OLG Wien 26. 2. 2021, 6 R 9/20 t, *Aurea Software*.

⁴⁵ Szep in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 244 Rz 2.

sammlung⁵³ in einem schriftlichen Bericht die Höhe der angebotenen Barabfindung zu begründen,⁵⁴ und ein unabhängiger, vom Aufsichtsrat⁵⁵ zu bestellender sachverständiger Prüfer, dessen Prüfungsbericht der Hauptversammlung durch den Vorstand vorzulegen ist, hat die Höhe der angebotenen Barabfindung zu prüfen.⁵⁶

Der Widerspruch zu Protokoll zum Umwandlungsbeschluss ist Voraussetzung für die Annahme des Barabfindungsangebots, stellt jedoch selbst noch keine Annahme dar,⁵⁷ die vielmehr innerhalb einer Frist von spätestens zwei Monaten nach dem Tag der Bekanntmachung der Eintragung der Umwandlung erfolgen muss,⁵⁸ wobei sich diese Frist bei Einleitung eines Verfahrens zur Überprüfung der Barabfindung auf einen Monat nach der (letzten) Kundmachung der rechtskräftigen Entscheidung des Barabfindungsüberprüfungsverfahrens oder des gerichtlich genehmigten Vergleichs verlängert.⁵⁹ Folglich hat die nachträgliche Erhöhung der Barabfindung zur Folge, dass iS der *Erga-omnes*-Wirkung des § 225i AktG (iVm § 234b Abs 5 Satz 2 und § 244 Abs 4 AktG), allen Anteilseignern, die der Umwandlung rechtzeitig widersprochen haben,⁶⁰ erneut eine Chance gewährt wird, die Gesellschaft (zu den verbesserten Konditionen) zu verlassen, sofern sie nur ursprünglich schon Widerspruch zu Protokoll erhoben haben.

Freilich besteht das Austrittsrecht durch Annahme des Barabfindungsangebots gem § 244 Abs 4 iVm § 234b Abs 3 AktG nur dann, wenn der Anteilseigner „vom Zeitpunkt der Beschlussfassung der Gesellschafterversammlung bis zur Geltendmachung des Rechts Gesellschafter war“.⁶¹ Kein Austrittsrecht gibt es daher zB dann, wenn der Anteilseigner die Gesellschafterstellung erst nach Beschlussfassung erworben oder eine schon vorher bestehende Gesellschafterstellung nach Beschlussfassung veräußert hat⁶² oder wenn er diese vor Annahme des Barabfindungsangebots – etwa im Rahmen eines Gesellschafterausschlusses⁶³ – verloren hat.

Wird das Barabfindungsangebot angenommen und ist die Gesellschaft bereits in eine GmbH umgewandelt, hat dies zur Folge, dass die Übertragung des Geschäftsanteils mittels Notariatsakts gem § 76 GmbHG erfolgen muss (Verfügungsgeschäft),⁶⁴ während das Angebot auf Leistung einer Barabfindung durch den Angebotssteller nur gerichtlich oder notariell beglaubigt sein muss.⁶⁵

4. Kapitalmarktrechtlicher Sell-out

Wie erwähnt, besteht seit Inkrafttreten des BörseG 2018 bei einem durch eine formwechselnde Umwandlung herbeigeführten Delisting die Pflicht eines vorgelegten Übernahmeangebots. Diese Möglichkeit zum Sell-out durch Ausübung eines kapitalmarktrechtlichen Austrittsrechts zum kalten Delisting tritt nach hA neben das gesellschaftsrechtliche Recht auf Sell-out gem § 244 AktG.⁶⁶ Grund für dieses im Ergebnis doppelte Austrittsrecht ist, dass Aktionären börsenotierter Gesellschaften nicht zugemutet werden soll, für die Wahrnehmung des Sell-out an der Hauptversammlung teilzunehmen und Widerspruch zu Protokoll erheben zu müssen.⁶⁷

E. Verfahren zur Überprüfung der Barabfindung

1. Konkreter Verfahrensverlauf

Die rechtsformwechselnde Umwandlung der *update software AG* in die *Aurea Software GmbH* wurde in der Hauptversammlung vom 10. 6. 2015 beschlossen und durch Eintragung ins Firmenbuch mit 18. 11. 2015 wirksam. Im Bericht des Vorstands der *update software AG* war die Barabfindung für die austrittswilligen Aktionäre mit € 3,37 pro Aktie festgelegt worden. Das verpflichtende Barabfindungsangebot war nicht von der umzuwandelnden Gesellschaft selbst, sondern von ihrer Hauptgesellschafterin gelegt worden.

Diese Hauptgesellschafterin hatte außerdem wiederholt freiwillige Angebote an die Aktionäre zum Erwerb sämtlicher Aktien der Gesellschaft gerichtet, nämlich per 2. 7. 2014 zu einem Preis von € 3,44 pro Aktie, per 22. 4. 2015 zum Preis von € 3,15 pro Aktie und per 29. 5. 2015 zum Preis von € 3,37 pro Aktie.

⁵³ § 108 Abs 3 Z 4 AktG.

⁵⁴ § 244 Abs 2 AktG.

⁵⁵ Zollner in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 244 Rz 21; Szep in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 244 Rz 3; Eckert/Schopper/Dobrijević in Eckert/Schopper, AktG-ON^{1.00} § 244 Rz 13.

⁵⁶ § 244 Abs 3 AktG.

⁵⁷ OLG Wien 26. 2. 2021, 6 R 9/20t, *Aurea Software*.

⁵⁸ § 244 Abs 4 iVm § 234b Abs 3 AktG. Da es sich hierbei um eine materiell-rechtliche Frist handelt, ist der Zugang der Annahme zur Fristwahrung maßgeblich (OGH 30. 9. 2013, 6 Ob 83/13v, *TeleTrader*).

⁵⁹ § 244 Abs 4 iVm § 234b Abs 5, § 225k AktG.

⁶⁰ OLG Wien 26. 2. 2021, 6 R 9/20t, *Aurea Software*. Vgl zB auch OGH 13. 9. 2001, 6 Ob 170/01w.

⁶¹ § 234b Abs 3 Satz 1 AktG.

⁶² OLG Wien 26. 2. 2021, 6 R 9/20t, *Aurea Software*; Eckert/Schopper/Dobrijević in Eckert/Schopper, AktG-ON^{1.00} § 244 Rz 5; Zollner in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 244 Rz 11 f.

⁶³ OLG Wien 26. 2. 2021, 6 R 9/20t, *Aurea Software*.

⁶⁴ Szep in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 244 Rz 8; Zollner in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 244 Rz 28.

⁶⁵ Eckert/Schopper/Dobrijević in Eckert/Schopper, AktG-ON^{1.00} § 244 Rz 10. Vgl auch § 234b Abs 1 Satz 2 iVm § 244 Abs 4 AktG.

⁶⁶ Dregger/Eigner, ÖBA 2018, 868; Edelmann/Winner, ZFR 2017, 381; Zollner in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 240 Rz 23; H. Foglar-Deinhardstein, NZ 2017, 333. 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^{1.00} § 244 Rz 17. Offen ErläutRV 1661 BlgNR 25. GP 49.

⁶⁷ Zollner in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 240 Rz 23; Edelmann/Winner, ZFR 2017, 381. Siehe auch ErläutRV 1661 BlgNR 25. GP 49.

Mit Beschluss der Generalversammlung vom 23. 6. 2016 wurde der Ausschluss der Minderheitsgesellschaft gem §§ 1 ff GesAusG beschlossen. Der Squeeze-out wurde am 14. 9. 2016 im Firmenbuch eingetragen. Die Barabfindung aus dem Squeeze-out wurde mit € 3,- pro € 1,- am Stammkapital festgelegt.⁶⁸

Im Nachprüfungsverfahren, das auf die formwechselnde Umwandlung folgte, erstattete das Gremium zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses nach § 225 g AktG – auf Basis eines Bewertungsgutachtens eines vom Gremium eingesetzten Sachverständigen – am 3. 5. 2019 ein Gutachten mit dem Ergebnis, dass eine Barabfindung iHv € 5,18 pro Aktie als angemessen anzusehen sei. Das Erstgericht setzte daraufhin die Barabfindung mit € 5,18 pro Aktie fest. Gegen diesen Beschluss des HG Wien erhoben mehrere Antragsteller und die Barabfindungsschuldnerin als Antragsgegnerin jeweils Rekurs. In einem ausführlich begründeten Beschluss entschied das OLG Wien, dass die angemessene Barabfindung tatsächlich € 5,18 pro Aktie betrage.⁶⁹ Der ao Revisionsrekurs gegen diese Entscheidung wurde vom OGH mit der hier besprochenen Entscheidung zurückgewiesen.

2. Antragslegitimation

Voraussetzung für die Teilnahme am Überprüfungsverfahren als Antragsteller ist gem § 244 Abs 4 iVm § 234 b AktG der Widerspruch gegen die Umwandlung zu Protokoll sowie die rechtzeitige Annahme der Barabfindung.⁷⁰ Kann der Anteilseigner das Barabfindungsangebot nicht mehr annehmen, weil er kein Gesellschafter der Gesellschaft mehr ist, fehlt auch die Antragslegitimation für das Überprüfungsverfahren. Sollte ein Anteilseigner die Überprüfung beantragt, das Barabfindungsangebot jedoch noch nicht angenommen haben, so kann die fehlende Antragslegitimation nachträglich durch Annahme des Angebots saniert werden.⁷¹

Auf dieses Barabfindungsüberprüfungsverfahren sind die Bestimmungen des verschmelzungsrechtlichen Überprüfungsverfahrens anwendbar.⁷² Eine Anfechtungsklage des Umwandlungsbeschlusses wegen (vermeintlich) unangemessener Barabfindung scheidet daher aus.⁷³

In seiner Rekurs-Entscheidung zum gegenständlichen Verfahren⁷⁴ wies das OLG Wien die Überprüfungsanträge zweier Antragsteller zurück, weil sie mangels Annahme des Barabfindungsangebots keinen Anspruch auf Barabfindung erworben hätten und eine nachträgliche Annahme gem § 234 b Abs 5 AktG aufgrund des zwischenzeitig erfolgten Gesellschafterausschlusses nicht mehr in Betracht komme. Auf den ersten Blick wirkt diese Zurückweisung übermäßig streng. Schließlich geht nach hA durch strukturverändernde Maßnahmen wie einen Squeeze-out sogar die Befugnis zur Erhebung einer Anfechtungsklage durch einen Anteilseigner nur dann verloren, wenn nach Wirksamwerden der strukturändernden Maßnahme kein rechtliches Interesse des Klägers an der Einbringung oder Fortsetzung des Anfechtungsklageverfahrens mehr besteht.⁷⁵ Ein solches rechtliches Interesse an einer Anfechtungsklage liegt vor, wenn der anzufechtende Beschluss geeignet ist, die Rechtsstellung des Klägers zu verbessern oder zu verschlechtern.⁷⁶ Dieser Gedanke ließe sich an sich auch auf die Barabfindung und deren Überprüfung übertragen: Nimmt man einem Anteilseigner die Möglichkeit, das Barabfindungsangebot nachträglich anzunehmen und die Höhe der Barabfindung überprüfen zu lassen, wird selbstverständlich in sein Interesse, seine ohne seine Mitwirkung fundamental modifizierten Mitgliedschaftsrechte gegen angemessene Barabfindung abstoßen zu können, eingegriffen. Dies spräche also dafür, die nachträgliche Annahme des Barabfindungsangebots auch nach dem Ausschluss des Antragstellers aus der Gesellschaft noch zuzulassen. Auch das telos von § 244 Abs 4 iVm § 234 b Abs 3 AktG scheint nicht zu verlangen, dass die Möglichkeit zur nachträglichen Annahme des Barabfindungsangebots durch einen nachgeschalteten Squeeze-out verloren geht: Zweck des Erfordernisses des durchgängigen Anteilsbesitzes ist es schließlich nur, einem nachträglichen spekulativen Aktienerwerb zum bloßen Zweck der Teilnahme an ei-

⁶⁸ Ergänzend bot die Hauptgesellschafterin eine Erhöhung der Barabfindung auf € 3,37 pro € 1,- am Stammkapital an, falls kein ausgeschlossener Minderheitsgesellschafter (a) eine Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage erhebe oder (b) die Einleitung eines Überprüfungsverfahrens beantrage. Zu Möglichkeiten und Grenzen dieser taktischen Variante einer bedingten Erhöhung der Barabfindung Hlawati/Glas/H. Foglar-Deinhardstein/Aichinger, GesRZ 2016, 29 (31 ff).

⁶⁹ Andere Nachprüfungsverfahren, in denen die Gerichte auf Basis eines Gutachtens des Gremiums rasch zu einem Ergebnis kommen konnten: OGH 26. 4. 2018, 6 Ob 228/17 y, Glock, GesRZ 2018, 253 (Hartlieb) = NZ 2018/73 (H. Foglar-Deinhardstein) = ZFS 2018, 73 (K. Oberndorfer); 24. 10. 2019, 6 Ob 138/19 s, Miba, GesRZ 2020, 150 (Zollner) = H. Foglar-Deinhardstein/Molitoris/Hartig, GesRZ 2020, 43; 12. 5. 2021, 6 Ob 246/20 z, BEKO Holding, GesRZ 2021, 241 (H. Foglar-Deinhardstein/Aichinger; Vanovac/Löffler) = Rüffler, GesRZ 2021, 209 = ZFR 2021, 560 (Hubcheva); HG Wien 9. 6. 2021, 74 Fr 2598/18 w, biolitec; OGH 2. 2. 2022, 6 Ob 148/21 i, BWT.

⁷⁰ OLG Wien 26. 2. 2021, 6 R 9/20 t, Aurea Software.

⁷¹ OLG Wien 26. 2. 2021, 6 R 9/20 t, Aurea Software; OGH 30. 9. 2013, 6 Ob 83/13 v, TeleTrader.

⁷² § 244 Abs 4 iVm § 234 b Abs 5 AktG.

⁷³ § 244 Abs 4 iVm § 234 b Abs 5 AktG.

⁷⁴ OLG Wien 26. 2. 2021, 6 R 9/20 t, Aurea Software.

⁷⁵ OGH 29. 8. 2019, 6 Ob 197/18 s, BWT, GesRZ 2019, 435 (Diregger) = EvBl-LS 2020/11 (Rohrer) = R. Rastegar, GES 2020, 369; Diregger in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 196 Rz 18 ff; H. Foglar-Deinhardstein/Feldscher in Adensamer/Mitterecker, Gesellschafterstreit Rz 11/12. AA Linder in Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer, GmbHG § 41 Rz 130 (Anfechtungsrecht bleibt trotz Gesellschafterausschlusses jedenfalls bestehen).

⁷⁶ Eckert/Schopper/Walcher in Eckert/Schopper, AktG-ON^{1.00} § 196 Rz 12.

nem Nachprüfungsverfahren entgegenzuwirken.⁷⁷ Wird aber ein Anteilseigner gem GesAusG zwangsweise und somit ohne seine Mitwirkung aus der Gesellschaft ausgeschlossen, kann dies sicherlich nicht als spekulatives Verhalten gewertet werden.

Dennoch ist die Entscheidung des OLG zur fehlenden Antragslegitimation bei näherer Betrachtung richtig: Rein denklogisch und abwicklungstechnisch wäre eine andere Vorgangsweise nämlich gar nicht möglich. Durch den Squeeze-out entsteht ein Barabfindungsanspruch des ausgeschlossenen Gesellschafters. Schon deshalb muss ihm die Möglichkeit der nachträglichen Annahme des Abfindungsangebots zur Umwandlung genommen werden, weil er sonst für ein und dieselbe Beteiligung zwei Barabfindungsansprüche – einmal aus der Umwandlung und einmal aus dem Squeeze-out – geltend machen könnte. Will der Anteilseigner unbedingt die Barabfindung aus der Umwandlung geltend machen, wäre ihm im Übrigen die nachträgliche Annahme des Barabfindungsangebots aus der Umwandlung noch vor Wirksamwerden eines nachgeschalteten Squeeze-out auch zumutbar, muss doch der Squeeze-out lange genug vor seinem Wirksamwerden angekündigt werden (§ 3 Abs 4 GesAusG). Insofern erweist sich das Verhalten eines Anteilseigners, der zwar einerseits am Nachprüfungsverfahren zur Barabfindung aus der vorgelagerten Umwandlung teilnehmen möchte, aber andererseits bis zum Wirksamwerden des nachgelagerten Squeeze-out das Barabfindungsangebot zur Umwandlung nicht einmal nachträglich angenommen hat, dann doch als spekulativ (wenn nicht gar als selbstwidersprüchlich), und ein solcher Anteilseigner kann hinsichtlich seiner Antragslegitimation eben nicht als schutzwürdig erachtet werden, sondern erhält richtiger Weise keine Barabfindung aus der Umwandlung; die Squeeze-out-Barabfindung steht ihm aber selbstverständlich zu.

3. Gegenstand des Überprüfungsverfahrens

In 6 Ob 113/21 t bestätigt der OGH seine in 6 Ob 246/20 z erstmals festgehaltene Ansicht, dass das Gericht im Verfahren zur Nachprüfung der Barabfindung zwar abstrakt die Angemessenheit der Barabfindung überprüft, jedoch bei unangemessener Barabfindung nur allgemein einen Erhöhungsbetrag festlegt, aber keine konkreten individuellen Leistungszusprüche zu gewähren hat. Folglich ist auch die Verzinsung der Zuzahlung nicht Gegenstand des Überprüfungsverfahrens.

⁷⁷ Vgl. Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³ § 225 c AktG Rz 30; Eckert/Schopper/Wöss in Eckert/Schopper, AktG-ON^{1.00} § 225 c Rz 13. Allgemein zur Problematik der *professional raiders* H. Foglar-Deinhardstein, Ein neuer Ernstlichkeitsfilter beim Squeeze-out, GES 2018, 14; Zottl/Pendl, Die Überprüfung der Barabfindung, GesRZ 2019, 216 (217 ff).

Mit dieser Festlegung hat sich der OGH gegen die bisher herrschende österr. Lehre⁷⁸ und die Spruchpraxis der Handelsgerichte⁷⁹ gestellt, denen zur Folge das Barabfindungsüberprüfungsverfahren bei zu niedriger Barabfindung einen exekutierbaren Leistungstitel auf den Zuzahlungsbetrag zu schaffen hat. Vielmehr griff der OGH die Intention des (in den Verfahren 6 Ob 246/20 z und 6 Ob 113/21 t freilich noch nicht anwendbaren) AktRÄG 2019 auf, im Rahmen dessen der Wortlaut des § 225 i Abs 1 Satz 3 AktG redaktionell geändert wurde. Während gemäß der früheren Fassung die Zuzahlungen im Nachprüfungsverfahren *zuzusprechen* waren, sind diese nach der neuen Fassung nunmehr *zu gewähren*. Aus den Materialien zum AktRÄG 2019 ergibt sich eindeutig, dass „in einem Verfahren zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses kein Zuspruch begehrt wird“,⁸⁰ auch wenn mit Rüffler⁸¹ davon ausgegangen werden kann, dass die Gesetzesverfasser des § 225 i AktG idF vor dem AktRÄG 2019 noch gegenteiliger Ansicht waren. Da die Gesetzesänderung im Rahmen des AktRÄG 2019 in den Materialien als rein redaktionelle Änderung ausgewiesen ist, kann aber von einer authentischen Interpretation durch den Gesetzgeber ausgegangen werden, die auch zurückwirkt.⁸² Folglich beschränkt sich – wie auch der OGH bestätigt – das Barabfindungsüberprüfungsverfahren lediglich auf die Anpassung des Inhalts des Gesellschafterausschluss-Beschlusses hinsichtlich der festgelegten Barabfindung.⁸³ Das Erstgericht hatte übrigens noch eine Zahlungspflicht ausgesprochen;⁸⁴ dieser Beschluss war aber schon vom RekG auf eine bloße Feststellung der angemessenen Barabfindung und der erforderlichen Zuzahlung abgeändert worden.⁸⁵

Dieses Ergebnis, das die österr. Rechtslage an jene des deutschen Spruchgesetzes annähert, ist aus unserer Sicht richtig, auch wenn § 225 i AktG im Gegensatz

⁷⁸ Siehe die Nachweise in OGH 12. 5. 2021, 6 Ob 246/20 z, BEKO Holding. Für die nunmehrige Position des OGH jedoch schon vor den beiden Entscheidungen Zottl/Pendl, GesRZ 2019, 216 (226). Nunmehr zust. Rüffler, Zur Verzinsung der Barabfindung und zugesprochener barer Zuzahlungen gem § 6 GesAusG, GesRZ 2021, 209; H. Foglar-Deinhardstein/Aichinger, GesRZ 2021, 247; Hubcheva, ZFR 2021, 563. Weiterhin abl. Vanovac/Löffler, GesRZ 2021, 249.

⁷⁹ Siehe zB LG Wels 14. 1. 2019, 29 Fr 4497/15 k, Miba; HG Wien 18. 7. 2019, 71 Fr 455/16 d, Aurea Software; LG Krems an der Donau 16. 1. 2020, 10 Fr 183/16 p, BEKO Holding; LG Wels 31. 12. 2020, 35 Fr 954/17 m, BWT; HG Wien 9. 6. 2021, 74 Fr 2598/18 w, biolitec.

⁸⁰ IA 910/A 26. GP 20.

⁸¹ Rüffler, GesRZ 2021, 210, mit Verweis auf ErläutRV 32 BlgNR 20. GP 104.

⁸² IdS wohl auch Zottl/Pendl, GesRZ 2019, 216 (226); Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³ § 225 i AktG Rz 6.

⁸³ OGH 12. 5. 2021, 6 Ob 246/20 z, BEKO Holding. Zust. Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³ § 6 GesAusG Rz 29.

⁸⁴ HG Wien 18. 7. 2019, 71 Fr 455/16 d, Aurea Software.

⁸⁵ OLG Wien 26. 2. 2021, 6 R 9/20 t, Aurea Software.

zur deutschen Rechtslage (§ 16 SpruchG)⁸⁶ keinen in dieser Hinsicht klaren Wortlaut aufweist.⁸⁷ Einerseits kann im Rahmen des Überprüfungsverfahrens nämlich nicht ermittelt werden, ob nicht allfällige Gegenforderungen und Einreden des Zuzahlungsschuldners gegen den Zuzahlungsgläubiger bestehen.⁸⁸ Diese könnten auch nicht mehr nachträglich im Exekutionsverfahren mittels Oppositionsklage berücksichtigt werden, weil diese Klage gem § 35 EO auf *Tatsachen beruhen muss, die erst nach Entstehung des diesem Verfahren zugrunde liegenden Exekutionstitels eingetreten sind*. Zudem soll nach Ansicht des OLG Linz das „*ohnein oftmals als zeitlich ausufernd in der Kritik stehende [...] Verfahren zur Überprüfung der Angemessenheit der Barabfindung [...] nicht auch noch damit belastet werden, welchem (individuellen) ausgeschlossenen Aktionär welche Nebenforderung zusteht*“.⁸⁹

Andererseits werden durch dieses Ergebnis auch verschiedene praktische Schwierigkeiten vermieden, die sich insbesondere bei jenen Barabfindungsansprüchen stellen, die nicht an ein Widerspruchserfordernis gekoppelt sind (insb die Barabfindung gem GesAusG). Während bei einer GmbH ausgeschlossene Minderheitsgesellschafter durch die Nennung im Firmenbuch jedenfalls namentlich bekannt sind, ist dies bei börsennotierten AGs nicht der Fall, wo die Aktionäre oftmals unbekannt sind. Abgesehen davon, dass sich iZm börsennotierten Gesellschaften die Praxis entwickelt hat, dass Zuzahlungsansprüche verbrieft und außerbörslich gehandelt werden, sodass der ausgeschlossene Anteilseigner bzw der Verfahrensbeteiligter oftmals nicht (mehr) Gläubiger der Zuzahlung ist,⁹⁰ würde sich die Frage stellen, wie die namentlich nicht bekannten Aktionäre einen aus dem Barabfindungsüberprüfungsverfahren resultierenden Beschluss vollstrecken könnten. Im Nachprüfungsverfahren ist die Teilnahme nicht näher identifizierbarer Aktionäre unproblematisch, weil – ebenso wie beim Squeeze-out für die ausgeschlossenen Minderheitsgesellschafter, die im Nachprüfungsverfahren passiv bleiben – bei Überprüfung der Barabfindung zu einer Umwandlung gem § 244 iVm §§ 225 f, 234 b AktG ein gemeinsamer Vertreter für diejenigen Aktionäre, die gegen die Umwandlung Widerspruch erklärt, aber keinen Antrag auf Überprüfung der Barabfindung gestellt haben; dieser gemeinsame Vertreter ist nur dann abzurufen, wenn es niemanden mehr gäbe,

dessen Interessen der gemeinsame Vertreter wahrzunehmen habe.⁹¹

Bei unbekannten Aktionären könnte ein Zahlungsbefehl nicht auf deren Namen lauten. Beim Nachprüfungsverfahren nach einer Umwandlung könnten zwar aufgrund des Erfordernisses, Widerspruch zu Protokoll zu erklären und das Barabfindungsangebot anzunehmen, alle jene Aktionäre ermittelt werden, die ursprünglich einen Anspruch auf eine Barabfindung erworben haben. Da dieser Barabfindungsanspruch aber außerhalb des Verfahrens frei übertragbar ist,⁹² ist nicht feststellbar, wer zu Ende des Verfahrens die Ansprüche hält. Endgültig unmöglich ist die Identifizierung der Barabfindungsgläubiger beim Squeeze-out einer börsennotierten AG, weil die Entstehung des Anspruchs weder einen Widerspruch zu Protokoll noch eine formale Annahme der Barabfindung voraussetzt. Ein Beschluss über die Erhöhung der Barabfindung zu Gunsten der ausgeschlossenen und nicht identifizierbaren Minderheitsgesellschafter kann daher – zumindest beim Squeeze-out – nicht die Voraussetzung des § 7 EO erfüllen.

§ 7 Abs 1 EO verlangt nämlich ausdrücklich, dass die Exekution nur bewilligt werden darf, wenn aus dem Exekutionstitel der Berechtigte und der Verpflichtete zu entnehmen sind. Namentlich nicht bekannte Aktionäre können konsequenterweise nicht als Berechtigte entnommen werden. Da § 7 EO nicht erfüllt ist, müssten die namentlich nicht bekannten Aktionäre eine Titelergänzungsklage gem § 10 EO anstreben.⁹³ All diese Schwierigkeiten werden jedoch vermieden, wenn man – so wie es der nunmehr verfestigten Rsp entspricht – einen Zuzahlungsbeschluss nicht unmittelbar vollstrecken kann. Dass ausgeschlossene Anteilseigner nun eine eigene Leistungsklage anstreben müssen, ist daher uE richtig.

Sollte ein Gericht irrtümlich dennoch einen Leistungsbefehl aussprechen, würde das Gericht als Außerstreitgericht eine Entscheidung über eine Sache fällen, die nicht auf den außerstreitigen Rechtsweg gehört, sodass dieser Beschluss gem § 56 Abs 1 AußStrG aufzuheben wäre.

4. Zinsen

Offen bleibt in der 6 Ob 113/21 t, ob der OGH seine zu 6 Ob 246/20 z obiter⁹⁴ getätigten und erst unlängst zu 6 Ob 148/21 i⁹⁵ (wenn auch ausdrücklich nicht abschlie-

⁸⁶ § 16 SpruchG: *Für Klagen auf Leistung des Ausgleichs, der Zuzahlung oder der Abfindung, die im Spruchverfahren bestimmt worden sind, ist das Gericht des ersten Rechtszuges und der gleiche Spruchkörper ausschließlich zuständig, der gemäß § 2 mit dem Verfahren zuletzt inhaltlich befasst war.*

⁸⁷ Die Rsp des OGH ua deshalb kritisierend Vanovac/Löffler, GesRZ 2021, 249.

⁸⁸ So auch OGH 12. 5. 2021, 6 Ob 246/20 z, BEKO Holding.

⁸⁹ OLG Linz, 5. 5. 2021, 6 R 47/21 f, BWT.

⁹⁰ H. Foglar-Deinhardstein/Aichinger, GesRZ 2021, 248.

⁹¹ OGH 13. 9. 2001, 6 Ob 170/01 w; 21. 3. 2019, 6 Ob 42/19 y, Aurea Software.

⁹² OGH 13. 9. 2001, 6 Ob 170/01 w; Bachner, Aktionärskultur auf Österreichisch? ecolex 2002, 255 (258); vgl auch Kalss, ÖBA 2016, 137; Szep in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 225 f Rz 7.

⁹³ OGH 2. 2. 2022, 6 Ob 148/21 i, BWT; ErläutRV zu GesRÄG 1996 (32 BlgNR GP 99, 104; Szep in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 225 i Rz 12; Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung² § 225 i AktG Rz 6.

⁹⁴ Rüffler, GesRZ 2021, 210.

⁹⁵ OGH 2. 2. 2022, 6 Ob 148/21 i, BWT.

ßend) bekräftigten Aussagen über die Höhe des Verzugszinssatzes auch im Kontext einer formwechselnden Umwandlung aufrecht erhält. Der OGH bestätigt in der hier besprochenen Entscheidung lediglich, dass im Überprüfungsverfahren generell kein Ausspruch über die Zinsen zu treffen ist, was eine logische Konsequenz davon ist, dass kein Leistungszuspruch vorzunehmen ist.⁹⁶

Zum Squeeze-out gemäß GesAusG ist strittig, in welcher Höhe ab Fälligkeit der Barabfindung Verzugszinsen zu Gunsten des ausgeschlossenen Gesellschafters auflaufen, also ob der allgemeine Verzugszinssatz gem § 1000 Abs 1 ABGB für alle vom Gesellschafterausschluss betroffenen Anteilseigner gleichermaßen zu gelten hat⁹⁷ oder ob bei jenen Ausgeschlossenen, die als Unternehmer zu qualifizieren sind, unternehmerische Verzugszinsen gem § 456 UGB zustehen können.⁹⁸ UE zutreffend haben sich die E 6 Ob 246/20 z und 6 Ob 148/21 i für die einheitliche Anwendung von § 1000 Abs 1 ABGB ausgesprochen, und zwar mit dem Hinweis, dass § 456 UGB ein beiderseitiges Unternehmergeschäft voraussetzt: Zwar könne der Erwerb und die Veräußerung von Geschäftsanteilen als unternehmensbezogenes Geschäft zu qualifizieren sein, wenn das Geschäft zum Betrieb des Unternehmens gehört; der Anspruch des nach dem GesAusG ausgeschlossenen Gesellschafters resultiere aber nicht aus einem *Erwerbsgeschäft*, sondern sei der *gesetzlich vorgesehene Ausgleich* für die im Entzug der Gesellschaftsanteile liegende Eigentumsbeschränkung.⁹⁹ Zu Recht hat der 6. Senat also den Barabfindungsanspruch beim Squeeze-out als *gesetzlichen* – und nicht *rechtsgeschäftlichen* – Anspruch erkannt.¹⁰⁰

Dieser Anspruch wird *ex lege* und in vom Gesetz vorgegebener („angemessener“) Höhe durch den Squeeze-out-Beschluss und seine Eintragung ins Firmenbuch erzeugt. Die Anwendung von § 456 UGB käme nur bei Vorliegen eines Rechtsgeschäfts in Frage. Eine Qualifikation der zwangsweisen Übertragung der ausgeschlossenen Anteilseigner auf den Hauptgesellschafter gegen Auszahlung der Barabfindung als Rechtsgeschäft scheidet uE aber schon deswegen aus, weil der Squeeze-out eine Umgründung iW S ist,¹⁰¹ somit ein strukturändernder Vorgang, der keinerlei Mitwirkung des einzelnen ausgeschlossenen Anteilseigners bedarf.¹⁰² Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, dass nach hA zumindest der Beschluss über den Squeeze-out – wie alle Beschlüsse der Anteilseignerversammlung¹⁰³ – ein Rechtsgeschäft darstellt.¹⁰⁴ Gesellschaftsbeschlüsse – zumal Beschlüsse über Umgründungen – stellen nämlich Organisationsgeschäfte dar,¹⁰⁵ und auf diese ist § 456 UGB nach uE überzeugender Meinung schon deswegen nicht anwendbar, weil die Anteilseigner einander bei Organisationsgeschäften weder als Unternehmer noch als Verbraucher gegenüberstehen.¹⁰⁶ Anders als bei einem *Transaktionsgeschäft*, bei dem auf Ebene der Anteilseig-

dem unionsrechtlichen Vertragsgerichtsstand nach Art 7 Nr 1 lit a EuGVVO 2012 bzw Art 5 Nr 1 lit a LGVÜ 2007 Bezug nimmt.

¹⁰¹ Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³ Vor §§ 1–11 GesAusG Rz 10; H. Foglar-Deinhardstein/Hartig in Kalss/Frotz/Schörghofer, HB Vorstand Rz 31/3, 31/8. Zum Squeeze-out als Strukturmaßnahme OGH 29. 8. 2019, 6 Ob 197/18 s, BWT.

¹⁰² Rüffler (GesRZ 2021, 212) qualifiziert den Squeeze-out als „zwangsweisen Kaufvertrag“. Beim Squeeze-out besteht aber kein Kontrahierungszwang; die Übertragung der Anteile und die Entstehung des Barabfindungsanspruchs erfolgen vielmehr ohne jegliches Erfordernis einer (freiwilligen oder – wie beim Kontrahierungszwang – verpflichtenden) Mitwirkung der Minderheitsgesellschafter.

¹⁰³ Schmidt-Pachinger in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 121 Rz 6 ff; Enzinger in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 34 Rz 14; Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler in Torggler, GmbHG § 34 Rz 2; Koppensteiner, Stimmabgabe und Beschluss, JBl 2017, 273 (275); Koppensteiner, Beschlussmängel im Gesellschaftsrecht (I), wbl 2022, 1 (2).

¹⁰⁴ So aber wohl Rüffler, GesRZ 2021, 212 f.

¹⁰⁵ Skarics, (Kein) Verbraucherschutz für interzedierende GmbH-Gesellschafter? NZ 2017, 81 (83); vgl OGH 20. 12. 2018, 6 Ob 126/18 z RWZ 2019, 63 (Wenger) = GES 2019, 22 (Fantur) = wbl 2019, 287 (S.-F. Kraus) = GesRZ 2019, 188 (H. Foglar-Deinhardstein/Kober). Bei der Verschmelzung ist nicht nur der Beschluss, sondern auch der Verschmelzungsvertrag ein Organisationsgeschäft (vgl. Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³ § 220 AktG Rz 4; Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein, Verschmelzung Kap V A Rz 3. Ebenso zur Spaltung Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³ § 2 SpaltG Rz 5; Napokoj, Spaltung² 88 f).

¹⁰⁶ OGH 20. 12. 2018, 6 Ob 126/18 z; Vonkilch in Zib/Dellinger, UGB § 343 Rz 28 f; Skarics, NZ 2017, 81 (83); S.-F. Kraus, Korrespondenz zu „Gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten im Schiedsverfahren (OGH 16. 12. 2013, 6 Ob 43/13 m)“, JBl 2014, 608 (610); S.-F. Kraus in Torggler, UGB³ § 105 Rz 20; S.-F. Kraus, NZ 2021, 209 f; vgl Zib in Zib/Dellinger, UGB § 105 Rz 50; Abazagic in Zib/Dellinger, UGB § 456 Rz 22; Kathrein/Schoditsch in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB⁶ § 1 KschG

⁹⁶ Vgl Vanovac/Löffler, GesRZ 2021, 250.

⁹⁷ So OGH 12. 5. 2021, 6 Ob 246/20 z, BEKO Holding; 2. 2. 2022, 6 Ob 148/21 i, BWT; Kalss in MüKo AktG⁵ § 2 GesAusG Rz 27, § 6 GesAusG Rz 25; H. Foglar-Deinhardstein/Aichinger, Angemessene Barabfindung beim Squeeze-out: OLG Wien fasst heiße Eisen an, GesRZ 2021, 74 (80 f); Hubcheva, ZFR 2021, 563 f.

⁹⁸ So Rüffler, GesRZ 2021, 209 (211 ff); Vanovac/Löffler, GesRZ 2021, 250.

⁹⁹ Ähnlich (Squeeze-out ist kein Vertrag im eigentlichen Sinn, sondern ein Gestaltungsrecht des Hauptgesellschafters) Kalss in MüKo AktG⁵ § 2 GesAusG Rz 27, § 6 GesAusG Rz 25. Verfassungsrechtlich ist der Squeeze-out gem GesAusG nach hA als Eigentumsbeschränkung (VfGH 27. 6. 2018, G 30/2017, Glock, GesRZ 2018, 248 [Durstberger] = Riss/Winner/Wolffbauer, ZFR 2018, 541 = Gall, ZFR 2018, 544 = Kalss/Deutsch, ÖZW 2019, 26; OGH 26. 8. 2004, 6 Ob 132/04 m, RWZ 2004, 324 [Wenger] = Terlitza, GeS 2005, 71 = A. Aigner, AnwBl 2005, 182; Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³ Vor §§ 1–11 GesAusG Rz 2; A. Burger, Börsenkurse und angemessene Barabfindung 120; Ramesohl, Aktieneigentum, „wahrer Wert“ und Börsenkurs 25), nach abw Meinung als Enteignung (Winner, Wert und Preis im neuen Recht des Squeeze-out, JBl 2007, 434; Winner, Wert und Preis 388) einzustufen.

¹⁰⁰ Das in E 6 Ob 148/21 i, BWT, ausgedrückte Verständnis, es handle sich bei dem Barabfindungsanspruch um einen Anspruch vertraglicher Natur, widerspricht dem nicht, da der OGH hier explizit auf die autonome Auslegung des EuGH zu

ner ein rein schuldrechtlicher Vorgang idR mit Austauschcharakter – insb ein zwei- oder mehrseitiger Veräußerungs- und Erwerbsvorgang von Anteilen unter Mitwirkung aller Betroffenen – erfolgt, steht bei einem Organisationsgeschäft – selbst wenn es (auch) zu einer Verschiebung von Anteilen führt – der strukturgebende, strukturverändernde oder organisatorische Aspekt für das Unternehmen/den Unternehmensträger im Vordergrund.¹⁰⁷ Schließlich spricht auch das *telos* von § 456 UGB dagegen, die Verzugszinsen für die Barabfindung beim Squeeze-out dieser Bestimmung zu unterwerfen.¹⁰⁸ Die unionsrechtliche Zahlungsverzugsrichtlinie, die unternehmerische Verzugszinsen im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen vorsieht, stellt deutlich auf ein vertragliches Verhältnis zwischen Unternehmern ab.¹⁰⁹ Mangels Vorliegens eines solchen Vertragsverhältnisses lässt sich daher uE die Wertung der §§ 455 f UGB und der Zahlungsverzugsrichtlinie nicht auf den Gesellschafterausschluss übertragen.¹¹⁰ Somit ist der Verzugszinssatz des § 456 UGB nicht auf im Rahmen des Barabfindungsüberprüfungsverfahrens gewährte Zuzahlungen anwendbar. Vielmehr gilt wie auch bei verspäteter Leistung einer Enteignungsentschädigung¹¹¹ iZm der verspäteten Leistung der Zuzahlung der Barabfindung ein Zinssatz in Höhe von 4%.¹¹²

Bei der Barabfindung aus Anlass einer formwechselnden Umwandlung könnten die Dinge anders liegen. Hier gibt es nämlich keinen *zwangswise* erfolgenden Ausschluss der Anteilseigner. Die Anteilseigner haben ein Recht auf Austritt, dem ein Angebot auf Barabfindung gegenüberzustehen hat, das der einzelne Anteilseigner durch Ausübung seines Austrittsrechts annehmen oder durch Verbleib in der umgewandelten Gesellschaft implizit ausschlagen kann. In dieser Konstellation liegt hinsichtlich der Anteilsübertragung zweifellos ein Rechtsgeschäft – nämlich ein Vertrag – vor, das durch Annahme des Barabfindungsangebots zwischen dem austretenden Anteilseigner und dem Erwerber seines Anteils – der idR (aber nicht notwendigerweise) mit

dem Steller des Barabfindungsangebots identisch ist¹¹³ – zu Stande kommt.¹¹⁴ Besteht also in dieser Variante – anders als beim Squeeze-out – doch Raum für unternehmerische Verzugszinsen gem § 456 UGB? UE ist das auch hier nicht der Fall.¹¹⁵ Das Rechtsgeschäft über Auszahlung der Barabfindung gegen Hingabe der Beteiligung des austretenden Anteilseigners ist nämlich nur der Mechanismus, den das Gesetz zur konkreten Umsetzung des Austrittsrechts vorschreibt. Dahinter steht aber ein abstraktes Recht, das wiederum als gesetzlicher Anspruch zu qualifizieren ist¹¹⁶ – es handelt sich um das gesetzliche Recht des Anteilseigners, im Zuge einer Umgründung, die den Gehalt seiner bisherigen Mitgliedschaftsrechte – ohne auf seine Mitwirkung angewiesen zu sein – fundamental modifiziert, seine Beteiligung gegen baren Wertausgleich in einem gesetzlich determinierten Vertrag abstoßen zu können.¹¹⁷

5. Angemessenheit der Barabfindung

Gegenstand des Barabfindungsüberprüfungsverfahrens ist die Angemessenheit (und daher primär die Höhe) der angebotenen Barabfindung, ohne dass das Gesetz jedoch auf die Bewertung bzw die Bewertungsmethode des zu übertragenden Anteils bzw der zu übertragenden Aktien näher eingeht.¹¹⁸

Die durch die Unterinstanzen gebilligte Unternehmensbewertung durch einen Sachverständigen stellt keine Rechtsfrage, sondern eine Tatfrage dar, die nur unter engen Grenzen – zB wenn eine grundsätzlich inadäquate Methode zur Bewertung herangezogen wurde – vom OGH überprüft werden kann,¹¹⁹ wobei bereits die Wahl der Bewertungsmethode grundsätzlich zu den Kerntätigkeiten eines Sachverständigen gehört.¹²⁰ Nur weil unterschiedliche Bewertungsmethoden zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangen, wurde nicht zwingend eine grundsätzlich inadäquate Methode zur Bewertung herangezogen.¹²¹ Die Bewertung hat aber zu-

Rz 5 aE. Offen freilich nunmehr OGH 25. 11. 2020, 6 Ob 219/20 d NZ 2021, 205 (S.-F. Kraus) = GesRZ 2021, 159 (Milchrahm).

¹⁰⁷ Vgl Skarics, NZ 2017, 81 (83); S.-F. Kraus, JBl 2014, 608 (610). Aus diesem Grund bedarf beim Squeeze-out bei einer GmbH die Übertragung der Anteile keines Notariatsakts (Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³ § 5 GesAusG Rz 22).

¹⁰⁸ H. Foglar-Deinhardstein/Aichinger, GesRZ 2021, 80 f; Hubcheva, ZFR 564; aA Rüffler, GesRZ 2021, 212.

¹⁰⁹ Siehe zB die (primäre) Bedeutung des vertraglich festgelegten Zahlungstermins in Art 3 Abs 3 lit a Zahlungsverzugsrichtlinie.

¹¹⁰ Gegenteiliger Ansicht mit Betonung des Zwangsverkaufs Rüffler, GesRZ 2021, 212 ff.

¹¹¹ Wimmer, Enteignungs- und Entschädigungsrecht, in Bergthaler/Grabenwarter, Musterhandbuch Öffentliches Recht Rz 56.

¹¹² Vgl etwa auch die Verzinsung des gerichtlich zugesprochenen Kostenersatzes gem § 54 a ZPO. Die Prozesskostenforderung stellt keinen vertraglichen, sondern vielmehr einen öffentlich-rechtlichen Anspruch dar, sodass ebenfalls lediglich gesetzliche Verzugszinsen in Höhe von 4% zustehen (LG Linz 27. 8. 2003, 37 R 156/03h AnwBl 2004, 311).

¹¹³ Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³ § 9 SpaltG Rz 15; H. Foglar-Deinhardstein/Trettnak, RWZ 2014, 7 (FN 8).

¹¹⁴ Vgl H. Foglar-Deinhardstein/Trettnak, RWZ 2014, 7 (9).

¹¹⁵ Ebenso Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³ § 234 b AktG Rz 41, § 9 SpaltG Rz 31, § 11 SpaltG Rz 39.

¹¹⁶ Eckert/Schopper/Dobrijević in Eckert/Schopper, AktG-ON^{1.00} § 244 Rz 9, § 253 Rz 8. Vgl Eckert/Schopper/Wöss in Eckert/Schopper, AktG-ON^{1.00} § 234 b Rz 4, 13, 24; Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³ § 234 b AktG Rz 14, § 9 SpaltG Rz 13, § 11 SpaltG Rz 19.

¹¹⁷ Auch Skarics (NZ 2018, 350 f) betont, dass die Umsetzung einer Abtretungsverpflichtung, die in ein Organisationsgeschäft eingebettet und durch dieses vordeterminiert ist, nicht als Transaktionsgeschäft einzustufen ist.

¹¹⁸ OGH 6. 8. 2021, 6 Ob 113/21 t, Aurea Software; 12. 5. 2021, 6 Ob 246/20 z, BEKO Holding.

¹¹⁹ OGH 6. 8. 2021, 6 Ob 113/21 t, Aurea Software; 12. 5. 2021, 6 Ob 246/20 z, BEKO Holding.

¹²⁰ RIS-Justiz RS0119439.

¹²¹ OGH 27. 2. 2013, 6 Ob 25/12 p GesRZ 2013, 224 (Spranz).

kunftsgerichtet zu erfolgen, wofür insb auf die betriebswirtschaftlichen Methoden Ertragswertmethode oder DCF-Methode zurückgegriffen werden kann.¹²²

Ebenso kann die Schlüssigkeit und Nachvollziehbarkeit eines Gutachtens nur aufgegriffen werden, wenn gegen zwingende Denkgesetze oder zwingende Gesetze des sprachlichen Ausdrucks verstoßen wurde.¹²³

Bei der Nachprüfung der Barabfindung handelt es sich – wie der OGH nach 6 Ob 246/20z in der vorliegenden Entscheidung nochmals bestätigt – lediglich um eine Plausibilitätskontrolle der angebotenen Barabfindung, weil der Unternehmenswert eines Unternehmens nicht mathematisch exakt bestimmbar ist.¹²⁴ In diesem Sinne hat im gegenständlichen Verfahren schon das RekG ausgesprochen, dass durch eine Unternehmensbewertung für die angemessene Barabfindung nicht ein einziger, exakter Wert iS einer Punktlandung ermittelt werden kann, sondern idR nur eine Bandbreite, innerhalb derer grds jeder Wert (und nicht bloß der Durchschnittswert) als angemessen anzusehen ist.¹²⁵ Eine Barabfindung, die innerhalb der aus der notwendigen Bandbreite einer Unternehmensbewertung resultierenden Unschärfe liegt, kann daher nicht als unangemessen qualifiziert werden; von einer unangemessenen Barabfindung kann nur dann ausgegangen werden, wenn die Unternehmensbewertung nicht ordnungsgemäß erfolgt ist und sich daraus nicht bloß geringfügige Abweichungen ergeben, wobei es sich dabei nach Teilen der Rsp und Lehre um Abweichungen von mehr als 10% handeln muss.¹²⁶

Umstritten ist nach wie vor, ob der bei börsennotierten Gesellschaften Börsenkurs (i) die Untergrenze für die Barabfindung bildet¹²⁷ oder – uE zustimmungswürdig

– (ii) nur relevanter Anhaltspunkt für die Plausibilisierung des anteiligen Unternehmenswerts, aber keine starre Untergrenze ist.¹²⁸ Einigkeit herrscht immerhin dahingehend, dass bei der Beurteilung des Börsenkurses keine Stichtagsbetrachtung, sondern eine Durchschnittsbetrachtung von sechs Monaten vorzunehmen ist, wobei die Referenzperiode mit dem Tag der Bekanntmachung des geplanten Gesellschafterausschlusses endet.¹²⁹

Ungeklärt ist auch, ob sich das Gericht im Nachprüfungsverfahren auf eine mehrheitskonsensuale Schätzung der angemessenen Barabfindung stützen kann. UE sollte eine solche mehrheitskonsensuale Schätzung zulässig sein, wenn etwa im konkreten Fall ein von einer qualifizierten Mehrheit der Antragsteller getragener Teilvergleich stark für die Angemessenheit der im Vergleich festgelegten Barabfindung spricht.¹³⁰

F. Zusammenfassung und Fazit

Bei der rechtsformwechselnden Umwandlung einer AG in eine GmbH steht den Anteilseignern das Recht auf Austritt aus der Gesellschaft gegen angemessene Barabfindung zu. Die Geltendmachung dieses Rechts setzt voraus, dass der betreffende Anteilseigner in der Hauptversammlung gegen die Umwandlung gestimmt und gegen den Beschluss Widerspruch zu Protokoll erklärt hat. Das Barabfindungsangebot kann auch während eines laufenden Verfahrens zur Überprüfung der Angemessenheit der Barabfindung noch nachträglich angenommen werden. Allerdings muss der betreffende Anteilseigner vom Zeitpunkt der Beschlussfassung über die Umwandlung bis zur Geltendmachung des Austrittsrechts kontinuierlich Gesellschafter gewesen sein. Wird ein Anteilseigner also durch einen nachgeschalteten Squeeze-out aus der Gesellschaft ausgeschlossen, bevor er das Barabfindungsangebot angenommen hat,

¹²² OLG Wien 26. 2. 2021, 6 R 9/20t, *Aurea Software*. Gegen die Abfindungsbemessung über das Net-Asset-Value-(NAV)-Verfahren *Quill/Gottmann/Pauli*, Net Asset Value und gerichtliche Abfindungsbemessung im Spruchverfahren, WPG 2021, 1438, 1545.

¹²³ OGH 6. 8. 2021, 6 Ob 113/21t, *Aurea Software*; RIS-Justiz RS0043404.

¹²⁴ OGH 6. 8. 2021, 6 Ob 113/21t, *Aurea Software*; 12. 5. 2021, 6 Ob 246/20z, *BEKO Holding*. Ebenso *H. Foglar-Deinhardstein/Molitoris/Hartig*, Angemessene Barabfindung beim Squeeze-out: Jagd nach einer Chimäre? *GesRZ* 2020, 43 (48ff) mwN; *H. Foglar-Deinhardstein/Aichinger*, *GesRZ* 2021, 247f.

¹²⁵ OLG Wien, 26. 2. 2021, 6 R 9/20t, *Aurea Software*, unter Berufung auf *H. Foglar-Deinhardstein/Molitoris/Hartig*, *GesRZ* 2020, 43 (46).

¹²⁶ OLG Wien 26. 2. 2021, 6 R 9/20t, *Aurea Software*, unter Berufung auf *Kalss* (Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung² § 225 c AktG Rz 17), *H. Foglar-Deinhardstein/Molitoris/Hartig* (*GesRZ* 2020, 43 [49, 52]) und *Zottl/Pendl* (*GesRZ* 2019, 216 [222]). Vgl auch *Wasmann*, Zur Evaluation des Spruchverfahrens, AG 2021, 179 (187).

¹²⁷ OLG Wien 1. 10. 2020, 6 R 78/20i ua, *BEKO Holding* = *H. Foglar-Deinhardstein/Aichinger*, *GesRZ* 2021, 74; LG Wels 31. 12. 2020, 35 Fr 954/17 m, *BWT*; *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³ § 2 *GesAusG* Rz 14. Offen OLG Linz 5. 5. 2021, 6 R 47/21f, *BWT*; *Koppensteiner*, Über den Rückzug

von der Börse, RdW 2015, 549 (550, 554); *Fleischer*, Unternehmensbewertung bei aktienrechtlichen Abfindungsansprüchen, AG 2014, 97 (111f).

¹²⁸ *Ramesohl*, Aktieneigentum, „wahrer Wert“ und Börsenkurs 167f; *H. Foglar-Deinhardstein/Aichinger*, *GesRZ* 2021, 74 (76ff, 82). Zweifelnd zum Börsenkurs als Untergrenze auch *Ruthardt/Popp*, Unternehmensbewertung im Spiegel der Rechtsprechung, AG 2021, 296 (299f).

¹²⁹ OLG Wien 1. 10. 2020, 6 R 78/20i ua, *BEKO Holding*; OLG Linz 5. 5. 2021, 6 R 47/21f, *BWT*; *Winner*, Wert und Preis 476; *Gall/Potyka/Winner*, Squeeze-out Rz 233; *Aschauer/Schiebel*, Zur Rolle des Börsenkurses beim Gesellschafterausschluss, RWZ 2009, 311; *Mollnhuber*, Umtauschverhältnis und Unternehmensbewertung bei der Verschmelzung 328; *Mollnhuber*, Rechtsprechung zur Unternehmensbewertung im Spruchverfahren, *GesRZ* 2020, 257 (258f, 262f); *Zottl/Pendl*, *GesRZ* 2019, 216 (223); *H. Foglar-Deinhardstein/Aichinger*, *GesRZ* 2021, 74 (77); *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung³ § 2 *GesAusG* Rz 14.

¹³⁰ So schon *H. Foglar-Deinhardstein/Molitoris/Hartig*, *GesRZ* 2020, 43 (50ff) mwN. *De lege ferenda* für die Zulässigkeit des Mehrheitsvergleichs mit *Inter-omnes*-Wirkung *Wasmann*, AG 2021, 179 (187).

kann er sein Austrittsrecht nicht mehr geltend machen und auch nicht mehr am Verfahren zur Überprüfung der Angemessenheit der Barabfindung aus der Umwandlung teilnehmen.

Zustimmungswürdig hat der OGH in 6 Ob 113/21 t bestätigt, dass das Gericht im Verfahren zur Nachprüfung der Barabfindung zwar abstrakt die Angemessenheit der Barabfindung überprüft, jedoch bei unangemessener Barabfindung nur allgemein einen Erhöhungsbetrag festlegt, aber keine konkreten individuellen Leistungszusprüche zu gewähren hat. Folglich ist auch die Verzinsung der Zuzahlung nicht Gegenstand des Überprüfungsverfahrens.

UE ist nicht nur beim Squeeze-out, sondern auch bei der formwechselnden Umwandlung bei Verzug mit der Auszahlung der Barabfindung einheitlich der allgemeine Verzugszinssatz gem § 1000 Abs 1 ABGB anzuwenden; unternehmerische Zinsen gem § 456 können nicht zustehen.

Bei der Nachprüfung der Barabfindung handelt es sich – wie der OGH nochmals bestätigt – lediglich um eine Plausibilitätskontrolle der angebotenen Barabfindung, weil der Unternehmenswert eines Unternehmens nicht mathematisch exakt bestimmbar ist. Eine Barabfindung, die innerhalb der aus der notwendigen Bandbreite einer Unternehmensbewertung resultierenden Unschärfe

liegt, kann daher nicht als unangemessen qualifiziert werden; von einer unangemessenen Barabfindung kann nur dann ausgegangen werden, wenn die Unternehmensbewertung nicht ordnungsgemäß erfolgt ist und sich daraus nicht bloß geringfügige Abweichungen ergeben, wobei es sich dabei nach Teilen der Rsp und Lehre um Abweichungen von mehr als 10% handeln muss.

Über die Autoren:

Mag. Heinrich Foglar-Deinhardstein, LL.M. (KCL), ist Partner der CERHA HEMPEL Rechtsanwälte GmbH in Wien und schwerpunktmäßig mit Gesellschafts-, Umgründungs- und Stiftungsrecht sowie M&A befasst.

Mag. Nikolaus Feldscher, MJur (Oxford), ist Rechtsanwaltsanwärter bei CERHA HEMPEL Rechtsanwälte GmbH in Wien und schwerpunktmäßig ebenfalls mit Gesellschafts-, Umgründungs- und Stiftungsrecht sowie M&A befasst.

Die Kanzlei der Autoren war an den in diesem Aufsatz zitierten Verfahren OGH 24. 10. 2019, 6 Ob 138/19s, und HG Wien 9. 6. 2021, 74 Fr 2598/18w, beteiligt, nicht aber an dem diesem Aufsatz zugrunde liegenden Verfahren OGH 6. 8. 2021, 6 Ob 113/21 t.

Rechtsprechung

Grundbuch, Wohn- und Liegenschaftsrecht

NZ 2022/47

§§ 914, 1096, 1104 ff ABGB

COVID-19: Mietzinsentfall bei Unbenutzbarkeit des Mietgegenstands; kein Anspruch des Bestandgebers auf den dem Bestandnehmer gewährten Fixkostenzuschuss

1. Die fehlende Nutzbarkeit von Geschäftsräumlichkeiten aufgrund von Betretungsverboten in Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie führt in diesen Zeiträumen zu einem Entfall des Anspruchs auf Mietzins.

2. Ein Anspruch des Bestandgebers auf den dem Bestandnehmer gewährten Fixkostenzuschuss ist weder gesetzlich statuiert noch würde dies der Zielrichtung der besagten Förderung entsprechen.

OGH 25. 11. 2021, 3 Ob 184/21 m (LGZ Wien 23. 6. 2021, 39 R 143/21 z; BG Fünfhaus 22. 4. 2021, 49 C 332/20 b)

Zulassung o Revision

Aus den Entscheidungsgründen:

[1] Die Kl ist Eigentümerin einer Liegenschaft [...], auf der sie ein Einkaufszentrum betreibt. Die Bkl ist Mieterin eines Geschäftslokals in diesem Einkaufszentrum und betreibt darin ein Nagel- und Kosmetikstudio.

Das Einkaufszentrum [...] war während der drei behördlich angeordneten Lockdowns zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 geöffnet, weil dort auch Geschäfte der Grundversorgung [...] etabliert sind.

Der zugrunde liegende Bestandvertrag zwischen den Streitparteien enthält auszugsweise folgende Bestimmungen:

„3. Bestandzweck:

Der Bestandgegenstand dient zum Betreiben eines Nagelstudios mit Kosmetik und Fußpflege in der im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses üblichen Sortimentszusammensetzung bzw Betriebsform. Wesentliche Änderungen oder Erweiterungen der Sortimentszusammensetzung oder der Betriebsausübungsform bedürfen der vorigen schriftlichen Zustimmung des Bestandgebers ...

Dem Bestandnehmer ist es untersagt, sein Sortiment ausschließlich oder zum überwiegenden Teil über das Internet zu verkaufen und den Bestandgegenstand bloß für die Ausgabe der über das Internet bestellten Waren an die Kunden zu nutzen. ...

...

8. Aufrechnung, §§ 1096 und 1104 ABGB, Pönale:

...