

Der **G**esellschafter

Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht

Herausgegeben von
Nikolaus Arnold und Susanne Kalss

GesRZ

Susanne Kalss / Stephan Probst

Familienunternehmen – eine erste Vermessung

Julia Nicolussi

„Kaltes“ Delisting bei Verschmelzung zweier AGs

Daniela Weber-Rey

Der Aufsichtsrat in der europäischen Perspektive

Christian Wirthensohn

Die Regelung der schriftlichen Beschlussfassung
im Gesellschaftsvertrag der GmbH

Heinz Keinert / Elisabeth Maria Keinert

Offenlegung in gemeinnützigen Bauvereinigungen
und Genossenschaften

Aus der aktuellen Rechtsprechung

OGH-Entscheidungen zu Kapitalgesellschaften und zur GesBR
Ausgewählte Entscheidungen des OLG Wien

hätte sich der Anteil des Klägers um knapp 11 % auf zirka 4,38 % reduziert und jener des bisherigen 80-%-Gesellschafters auf zirka 92 % erhöht.

Dem wirtschaftlichen Interesse und Wohl der Gesellschaft hätte die von der Klägerin beantragte Kapitalerhöhung mit einem Agio genauso gedient wie die vom Mehrheitsgesellschafter beschlossene Nominalkapitalerhöhung; in beiden Fällen hätte die Gesellschaft einen Kapitalzufluss von 4 Mio Euro erhalten. Trotz dieses Umstandes hat das Höchstgericht die Anfechtungsklage der Minderheit mit dem schlichten Argument abgewiesen, dass ansonsten möglicherweise ein Erpressungspotenzial eröffnet werde. Bei der vom Kläger beantragten Kapitalerhöhung mit Aufgeld hätte sich im Falle der Nichtausübung durch die Minderheit und Übernahme durch den 80-%-Gesellschafter dessen Anteil nur um knapp 1,8 % auf 81,82 % erhöht. Jedenfalls ist nach dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt die „Erpressung“ nicht erkennbar. Fraglich könnte höchstens sein, ob der Gegenantrag (Kapitalerhöhung mit Aufgeld) nicht dem Anteilswert entsprochen hat und damit das Aufgeld überhöht war. Das Erpressungspotenzial könnte demnach höchstens im Streit um die Bewertung liegen und in dem mit einer Unternehmensbewertung verbundenen Zeitaufwand sowie den damit verbundenen Kosten. Dies ist sicherlich zu würdigen, rechtfertigt aber keinesfalls eine Kapitalerhöhung, die den Unternehmenswert völlig außer Acht lässt. Es ist auch nicht zu verlangen, dass bei jeder Kapitalerhöhung unter Wahrung des Bezugsrechts eine Wertermittlung erfolgt, wie sie zum Schutz der Minderheit bei einem Squeeze-out oder bei einer Verschmelzung angebracht ist, also bei Vorgängen, die eine enteignungsgleiche Wirkung haben (siehe dazu *Winner*, Wert und Preis im Zivilrecht [2007] 351). Gerade wegen der Möglichkeit, die durch das Bezugsrecht vermittelte Call-Option wahrzunehmen, wird eine überschlagsmäßige Bewertung, etwa anhand des buchmäßigen Eigenkapitals zuzüglich eindeutig vorhandener stiller Reserven im nicht betriebsnotwendigen Vermögen, ausreichend sein.

Leider hat das Höchstgericht diese Fragen mit der linken Hand abgetan. Freilich wäre es nicht angebracht, darin einen Paradigmenwechsel für die Kriterien eines zulässigen Bezugsrechtsausschlusses im Wege eines Gesellschafterbeschlusses zu erkennen. Vielmehr wurde wohl übersehen, dass der im Bezugsrecht liegende Schutz der Mitgliedschaft nicht bloß mit dem Instrument des Rechtsmissbrauchs auszumessen ist. Auch der vom OGH für seine Begründung zitierte Beitrag (*Heckschen*, Agio und Bezugsrechtsausschluss bei der GmbH, DStR 2001, 1437 [1445]) kommt zu dem Ergebnis, dass bei einer Kapitalerhöhung dann ein wertgerechtes Agio festzusetzen ist, wenn nicht alle Gesellschafter an der Kapitalerhöhung teilnehmen wollen. Die Fälle, in denen tatsächlich durch Anfechtungsklagen von Minderheitsgesellschaftern eine „Erpressung“ versucht wird, betreffen vor allem im Aktienrecht Kapitalerhöhungen mit Ausschluss des Bezugsrechts, da die von der Rspr für die Beurteilung der Zulässigkeit entwickelten Kriterien engherzig sind und mit der Blockade der Eintragung des Erhöhungsbeschlusses tatsächlich ein Erpressungspotenzial eröffnet wird. Nach den Erfahrungen in Österreich, wobei der Verfasser hier nur für den Bereich notierter AGs Beobachtungen zu verzeichnen hat, ist dies deutlich weniger zu befürchten. § 19 FBG ermöglicht dem Firmenbuchgericht eine rasche und im Ergebnis auch rechtssichere Entscheidung über die Unterbrechung des Eintragungsverfahrens (vgl. *Burgstaller/Pilgersdorfer in Jabornegg/Artmann*, UGB I² [2010] § 19 FBG Rz 16 ff), wodurch das Erpressungspotenzial eingeschränkt werden kann und auch wird. Der zweite Leitsatz zu der hier kommentierten Entscheidung, wonach ein angemessener Ausgabepreis jedenfalls dann nicht festzulegen sei, wenn weder ein Bezugsrechtsausschluss vorliegt noch ein rechtsmissbräuchliches Motiv des Mehrheitsgesellschafters feststeht, ist – hoffentlich – nicht in Stein gemeißelt.

Christian Nowotny

Univ.-Prof. Dr. Christian Nowotny ist Vorstand des Instituts für Zivil- und Unternehmensrecht der Wirtschaftsuniversität Wien.

*

Anfechtung eines Hauptversammlungsbeschlusses nach dem GesAusG

§ 1 Abs 1, § 3 Abs 5, § 6 Abs 1 und 2 GesAusG

§ 107 Abs 3 AktG

§§ 118 und 195 Abs 4 AktG idF AktRÄG 2009

§ 38 Abs 4 und § 41 GmbHG

1. Hauptgesellschafter iSd GesAusG ist derjenige, der zum Zeitpunkt der Beschlussfassung Anteile in Höhe von mindestens 90 % des Nennkapitals hält. Es spielt keine Rolle, ob die Beteiligungsgrenze bereits vor oder erst im Zeitpunkt der Beschlussfassung erreicht wird, weil das Erfordernis einer im Beschlusszeitpunkt vorliegenden Mehrheit die Interessen der Minderheitsaktionäre ausreichend wahrt.

2. Bei Beschlussanfechtung ist die Relevanztheorie anzuwenden. Entscheidend für die Anfechtbarkeit ist der Zweck der jeweiligen Verfahrensbestimmung. Nur die Verletzung eines konkreten Informations- oder Partizipationsinteresses eines Aktionärs begründet die Anfechtbarkeit; irrelevante Mängel scheiden daher aus.

3. § 195 Abs 4 Satz 1 AktG idF AktRÄG 2009 formuliert lediglich die bereits zuvor von der Rspr zur alten Rechtslage entwickelten Grundsätze.

4. Die Beurteilung, ob eine Verletzung des Auskunfts- oder Rederechts in der Hauptversammlung vorliegt und ob diese schwerwiegend genug ist, dass sie zur Anfechtung berechtigt, richtet sich nach den konkreten Umständen des zu beurteilenden Einzelfalles.

OGH 31.1.2013, 6 Ob 210/12v (OLG Wien 1 R 111/12v; HG Wien 13 Cg 44/10p)

Klägerin und Nebenintervenienten sind Aktionäre der Beklagten. Die Gesamtzahl der von der Beklagten begebenen Aktien betrug 88.134.724 Stück, davon entfielen 3.039.702 Stück auf eigene Aktien, restliche 85.095.022 Stück wurden von Dritten gehalten. Nach (freiwilligen) Übernahmen (§ 25a ÜbG) verfügte die Ö. L. Holding GmbH (im Folgenden: ÖLH) zum 3.9.2009 über 73.586.289 Aktien (= zirka 86,48 % des Nennkapitals ohne eigene Aktien) und zum 22.9.2009 über 81.184.657 Aktien (= zirka 95,40% des Nennkapitals ohne eigene Aktien), wobei die Aktienerwerbe im Zuge des Übernahmeverfahrens zu einem Übernahmepreis von 4,49 Euro erfolgten. Dieser Preis wurde auf Basis der rechtlichen Vorgaben im Übernahmeverfahren festgelegt. Das „Sanierungsprivileg“ des § 26 Abs 3 Z 3 ÜbG wurde nicht in Anspruch genommen.

Mit Schreiben vom 3.9.2009 richtete die ÖLH an den Vorstand der Beklagten das Verlangen auf Ausschluss der Minderheitsgesellschafter. In Vorbereitung des Gesellschafterausschlusses erstellten Vorstand und ÖLH einen gemeinsamen Bericht, in dem die Voraussetzungen des Gesellschafterausschlusses und die Angemessenheit der Barabfindung beschrieben wurden. Er enthielt überdies Erläuterungen und Begründungen zu den Voraussetzungen des Gesellschafterausschlusses, zur Unternehmensbewertung und zur Höhe der mit 0,50 Euro pro Stückaktie festgelegten angemessenen Barabfindung. Ausschlaggebend für die Barabfindung von 0,50 Euro pro Aktie waren der negative DCF-Wert der Beklagten (-2,43 Euro pro Aktie) und die Überlegung, dass den Aktionären im Zuge des Gesellschafterausschlusses ein positiver Abfindungsbetrag bezahlt werden sollte, wobei auch berücksichtigt wurde, welcher Betrag der Konzernmutter bzw deren Aktionären zumutbar sei. Der mit Gerichtsbeschluss bestellte sachverständige Prüfer (im Folgenden: Prüfer) prüfte den gemeinsamen Bericht, den diesem angeschlossenen internen Bericht (samt den in den unveröffentlichten Anhang ausgegliederten Angaben, welche ihm zur Gänze vorlagen) und bestätigte dessen

Richtigkeit sowie die Angemessenheit der Barabfindung (Prüfbericht vom 30.10.2009).

Mit öffentlicher Bekanntmachung vom 13.11.2009 beraumte die Beklagte für den 16.12.2009 eine außerordentliche Hauptversammlung (im Folgenden: HV) an; einziger Tagesordnungspunkt war die Beschlussfassung über den Ausschluss der Minderheitsaktionäre gem § 1 Abs 1 GesAusG gegen Gewährung einer Barabfindung von 0,50 Euro pro Aktie. Zur Vorbereitung der HV wurden am Sitz der Beklagten folgende Unterlagen aufgelegt, die auch auf der Internetseite der Gesellschaft kostenlos abgerufen werden konnten: Einberufung der HV; Entwurf des Beschlussantrages über den Gesellschafterausschluss; gemeinsamer Bericht; Bericht des Aufsichtsrats; Unternehmensbewertung der Beklagten vom 23.10.2009, die vom Vorstand der Beklagten und der ÖLH vorgenommen wurde und auf der die Beurteilung der Angemessenheit der Barabfindung beruht („interner Bericht“); Prüfbericht; Jahresabschlüsse und Lageberichte der Beklagten für die letzten drei Geschäftsjahre (2006, 2007 und 2008); Konzernabschlüsse und Konzernlageberichte der letzten drei Geschäftsjahre (2006, 2007 und 2008).

Die HV wurde am 16.12.2009 um 10:10 Uhr eröffnet und fasste folgende Beschlüsse:

1. „Die Aktien aller von der Hauptaktionärin ÖLH ... verschiedenen Aktionäre der ... [Beklagten] werden gemäß § 1 GesAusG gegen Gewährung einer angemessenen Barabfindung auf die Hauptaktionärin ÖLH ... übertragen. Die Hauptaktionärin zahlt den Minderheitsaktionären kosten-, provisions- und spesenfrei eine Barabfindung in der Höhe von 0,50 Euro pro Stückaktie der ... [Beklagten]. Die Barabfindung ist zwei Monate nach dem Tag fällig, an dem die Eintragung des Ausschlusses gem § 10 UGB als bekannt gemacht gilt und ist ab dem der Beschlussfassung durch die Hauptversammlung folgenden Tag mit jährlich zwei Prozentpunkten über dem jeweils geltenden Basiszinssatz zu verzinsen.“

2. „Eine generelle Redezeitbeschränkung auf maximal zehn Minuten pro Wortmeldung einzuführen und weiterhin es in das Ermessen des Vorsitzenden zu stellen, diese Redezeitbeschränkung gegen 19h (neunzehn Uhr) oder auch später auf fünf Minuten zu verkürzen.“

3. (Beschluss des Vorsitzenden): „Ich erkläre hiermit die Rednerliste für geschlossen.“

4. (Beschluss des Vorsitzenden), „die Generaldebatte zu schließen.“

Diese Beschlüsse wurden bei einer Präsenz von 81 Aktionären, die 82.476.894 Aktien repräsentieren (das sind 93,58 % des Grundkapitals), und mit 81.184.657 Ja-Stimmen und 1.292.237 Nein-Stimmen beschlossen. Die Klägerin sowie die Nebenintervenienten erklärten Widerspruch zu Protokoll. Nach Schluss der Generaldebatte war es den Aktionären nicht mehr möglich, weitere Wortmeldungen abzugeben bzw weitere Fragen zu stellen, weil die den Aktionären für deren Wortmeldungen zur Verfügung stehenden Mikrofone abgedreht waren. Die HV endete um 22:33 Uhr.

Die Klägerin begehrt die Feststellung der Nichtigkeit, hilfsweise die Nichtigkeitsklärung der genannten Beschlüsse. Die ÖLH sei weder am 3.9.2009 (Zeitpunkt des Verlangens des Gesellschafterausschlusses) noch im Zeitpunkt der Bestellung des sachverständigen Prüfers am 8.9.2009 Hauptgesellschafterin gewesen. Sie habe zu diesen Zeitpunkten auch keinen Nachweis erbracht und auch nicht erbringen können, dass die erforderliche Beteiligungsmehrheit im Zeitpunkt der Beschlussfassung am 16.12.2009 erreicht sein werde. Das Ausschlussverfahren sei daher von Beginn an rechtswidrig und anfechtbar gewesen. Gem § 3 Abs 5 Z 3 GesAusG seien allfällige Gutachten zur Angemessenheit der Barabfindung mindestens einen Monat vor dem Tag der HV bereitzustellen. Im vorliegenden Fall seien den Aktionären jedoch – auch über ausdrückliche Aufforderung durch die Klägerin – folgende Gutachten bzw Unterlagen nicht bereitgestellt worden, obwohl diese hätten bereitgestellt werden müssen, sodass der Beschluss über den Gesellschafterausschluss gem § 195 Abs 1 Akt anfechtbar sei:

a) Die iZm dem beihilferechtlichen Genehmigungsverfahren vor der EU-Kommission von zahlreichen externen Sachverständigen – auch solchen, die von der EU-Kommission beauftragt worden seien – erstellten Bewertungsgutachten, deren Existenz sich aus dem „gemeinsamen Bericht“ ableiten lasse;

b) die im „internen Bericht“ genannte, zum Stichtag 5.12.2008 erfolgte Schätzung des Liquidationswerts der Beklagten im Rahmen der Zuschussgewährung der ÖIAG, welche (gemeint: die Schätzung des Liquidationswerts) von einem Unternehmensberater gesichtet und „unter Berücksichtigung weiterer Aspekte“ angepasst bzw fortgeschrieben worden sei;

c) die im gemeinsamen Bericht genannten „Angaben zum Bewertungsgutachten, die nach Meinung der ÖLH und des Vorstands der Beklagten geeignet seien, der Beklagten oder einem verbundenen Unternehmen einen erheblichen Nachteil zuzufügen und die daher gem § 3 Abs 1 Satz 3 GesAusG iVm § 118 Abs 3 AktG nicht offengelegt werden dürfen“; diese Angaben seien in den nicht veröffentlichten Anhang zum internen Bericht ausgelagert worden, ohne dass ausgeführt worden sei, welche Passagen dies genau betreffe; es sei daher unüberprüfbar, ob tatsächlich nur vertrauliche Informationen ausgelagert worden seien.

d) die im Prüfbericht genannten „umfangreichen weiteren Informationen“, die der Beklagten und der ÖLH für die Bewertung zur Verfügung standen. Weder in den veröffentlichten Unterlagen noch in der HV sei erläutert worden, um welche Unterlagen es sich dabei handle. Mit Beschluss der HV sei das Rederecht der Aktionäre zunächst auf 10 Minuten und sodann auf fünf Minuten beschränkt und in weiterer Folge zur Gänze entzogen worden. Schließlich habe der Vorsitzende der HV unter dem tatsachenwidrigen Hinweis, es seien alle gestellten Fragen beantwortet, die Abstimmung eingeleitet und das Mikrofon abgestellt. Dadurch sei das Informationsrecht der Klägerin rechtswidrig beeinträchtigt worden. Auch komme der HV zur Beschlussfassung über eine Beschränkung bzw über einen Entzug des Rederechts keine Kompetenz zu. Da die Klägerin aufgrund der genannten Beschränkungen keine Möglichkeit gehabt habe, weitere, für die Beurteilung des Beschlusses relevante Fragen zu stellen, um die Angemessenheit der Barabfindung einzuschätzen, seien die Beschlüsse über die Beschränkung des Rede- und Auskunftsrechts ebenso anfechtbar wie der Beschluss über den Ausschluss der Minderheitsgesellschafter selbst, wobei sich erstere Beschlüsse auf Letzteren ausgewirkt hätten und daher relevant iSd herrschenden Relevanztheorie seien. Die beschlossene Barabfindung von 0,50 Euro pro Aktie sei willkürlich und treuwidrig festgelegt worden, sie sei ganz offenkundig nicht angemessen. Im vorgelagerten Übernahmeverfahren nach dem ÜbG sei den Aktionären eine Übernahme noch zu einem Preis von 4,49 Euro pro Aktie angeboten worden. Demgegenüber sei die Barabfindung von 0,50 Euro pro Aktie nicht sachlich gerechtfertigt, sie bewirke eine nicht gerechtfertigte Schlechterstellung der verbliebenen Minderheitsaktionäre. Die Barabfindung weise auch keine Relation zum Börsenkurs auf, die Festlegung mit einem Betrag von 0,50 Euro pro Aktie sei wegen Sittenwidrigkeit nichtig, die Klägerin sei trotz grundsätzlicher Beschränkung der Überprüfung der Angemessenheit der Barabfindung auf das in außerstreitige Gremialverfahren zur Beschlussanfechtung berechtigt.

Die Beklagte wendete ein, die Klage sei rechtsmissbräuchlich, weil die Klägerin ihre Aktien, auf die sie die Anfechtungsklage stütze, erst nachträglich, dh nach Ende des von der ÖLH gestellten Übernahmangebots, jedoch vor der gegenständlichen HV, erworben habe. Die ÖLH sei jedenfalls im Zeitpunkt der Beschlussfassung zu mehr als 90 % an der Beklagten beteiligt gewesen. Ob sie bereits bei Verlangen des Gesellschafterausschlusses die erforderliche Beteiligung besessen habe, sei rechtlich irrelevant. Im Übrigen habe die Beklagte bei Verlangen des Gesellschafterausschlusses ohnehin über 93,26 % der stimmberechtigten Aktien verfügt. Sämtliche Informationen, die den Aktionären nach dem GesAusG sowie dem AktG zur Verfügung zu stellen waren, hätten diesen auch rechtzeitig erhalten. Dem sachverständigen Prüfer gegenüber seien alle relevanten (auch vertraulichen) Unterlagen uneingeschränkt offengelegt worden. Die Bewertung der Beklagten sei nach der DCF-Methode erfolgt und habe zu einem negativen Unternehmenswert geführt. Der Schätzung des Liquidationswerts im Rahmen des EU-Beihilfverfahrens sei insofern Beachtung geschenkt worden, als auch diese zu einem negativen Unternehmenswert geführt habe. Maßgeblich und damit offenzulegen sei jedoch ausschließlich die im September und Oktober 2009 vorgenommene DCF-Bewertung gewesen. Das einzige Gutachten, auf das die Bemessung der Barabfindung gestützt werde, sei der interne Bericht,

der alle für die Bemessung der im Zuge des Gesellschafterausschlusses zu gewährenden Barabfindung relevanten Informationen enthalte. Zuvor aus anderem Anlass erstellte Bewertungen oder Schätzungen seien von der Offenlegungsverpflichtung des GesAusG nicht erfasst. Sollte die Nichtvorlage der im Rahmen des EU-Beihilfeverfahrens erfolgten Schätzung des Liquidationswerts einen Verstoß gegen § 3 Abs 5 Z 3 darstellen (was bestritten werde), sei dieser jedenfalls nicht relevant iSd herrschenden „Relevanztheorie“, weil der Inhalt einer solchen Bewertung, nämlich der negative Unternehmenswert, ohnehin im internen Bericht, im gemeinsamen Bericht sowie im Bericht des Prüfers dargestellt worden sei. Der interne Bericht habe lediglich solche Informationen von der Offenlegung ausgenommen, die nach vernünftiger unternehmerischer Beurteilung geeignet wären, der Beklagten einen erheblichen Nachteil zuzufügen. Welche Informationen in den nicht veröffentlichten, dem sachverständigen Prüfer jedoch vorgelegten Anhang zum internen Bericht ausgelagert worden seien, ergebe sich aus den im Inhaltsverzeichnis aufgelisteten Themenbereichen. Wenn der Prüfbericht „umfangreiche weitere Informationen der ... [Beklagten]“ nenne, so komme damit nur zum Ausdruck, dass den handelnden Personen die Möglichkeit offengestanden sei, von den Fachabteilungen der Beklagten entsprechende Informationen zu erhalten. Im Übrigen seien sämtliche von der Klägerin vermisste Informationen ausschließlich „preisrelevant“, sodass eine Beschlussanfechtung darauf nicht gestützt werden könne. Für die Prüfung der Angemessenheit der Barabfindung sei nämlich das Gremialverfahren nach § 6 Abs 2 GesAusG vorgesehen. Die HV habe über 12 Stunden gedauert, dies zu lediglich einem einzigen Tagesordnungspunkt (Gesellschafterausschluss). Dabei seien 331 Fragen von Aktionären beantwortet worden und es habe 45 Wortmeldungen von Aktionären gegeben. Der Geschäftsführer und Alleingesellschafter der Klägerin habe sich in der HV vier Mal zu Wort gemeldet, zirka eine Stunde gesprochen und die meiste Redezeit aller anwesenden Aktionäre beansprucht. Das Angebot der Gesellschaft, bereits im Vorfeld der HV Fragen zu stellen, habe die Klägerin nicht genutzt. Eine Verletzung des Rede- und Auskunftsrechts liege daher nicht vor, zumal der Geschäftsführer der Klägerin bereits im Vorfeld öffentlich angekündigt habe, die HV bis nach Mitternacht verschleppen zu wollen, um diese anfechtbar zu machen. Die erst gegen 17:30 Uhr vorgenommene Beschränkung der Redezeit (nicht jedoch des Fragerechts) und die schließlich vorgenommene Schließung der Rednerliste seien erforderlich gewesen, um einen ordnungsgemäßen Abschluss der HV bis zum Ablauf des Versammlungstags sicherzustellen. Auch seien alle in der HV gestellten (331) Fragen der Aktionäre beantwortet worden. Die Bewertung der Beklagten habe einen negativen Unternehmenswert ergeben, sodass keine Barabfindung zugestanden wäre. Dass dennoch eine Barabfindung von 0,50 Euro pro Aktie angesetzt wurde, könne keinen Aktionär beschweren, weil die Barabfindung über die mittels Unternehmensbewertung ermittelte Größe hinausgehe. Die Festlegung der Barabfindung sei nicht sittenwidrig. Eine Gleichbehandlung mit dem freiwilligen Übernahmeangebot sei gesetzlich nicht vorgesehen, vielmehr würden im Gesellschafterausschlussverfahren und im Übernahmeverfahren unterschiedliche Preisregeln gelten. Argumente gegen die Festsetzung der Barabfindung seien ausschließlich im Gremialverfahren zu behandeln, es bestehe diesbezüglich ein Anfechtungsausschluss.

Die Nebenintervenienten schlossen sich dem Vorbringen der Klägerin an.

- ▶ Das Erstgericht wies die Begehren auf Feststellung der Nichtigkeit der HV-Beschlüsse, *in eventu* deren Nichtigerklärung ab.
- ▶ Das Berufungsgericht gab der Berufung der Klägerin und der Drittnebenintervenientin nicht Folge.
- ▶ Der OGH wies die Revision zurück.

Aus der Begründung des OGH:

1.1. Der erkennende Senat hat in der E 6 Ob 91/08b bereits ausführlich zu den Voraussetzungen einer Anfechtung eines Gesellschafterausschlusses nach dem GesAusG Stellung

genommen. Der vorliegende Fall wirft keine Rechtsfragen der in § 502 Abs 1 ZPO geforderten Bedeutung auf.

1.2. Der erkennende Senat hat bereits wiederholt ausgesprochen, dass bei der Beschlussanfechtung die Relevanztheorie (vgl dazu S. *Bydlinski/Potyka* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵, § 118 Rz 6 und 29 und § 195 Rz 6) anzuwenden ist. Entscheidend für die Anfechtbarkeit ist der Zweck der jeweiligen Verfahrensbestimmungen. Nur wenn durch die Verletzung ein konkretes Informations- oder Partizipationsinteresse eines Aktionärs verletzt wurde, begründet dies die Anfechtbarkeit; irrelevante Mängel scheiden daher aus (6 Ob 91/08p; 6 Ob 31/11v; RIS-Justiz RS0059771 [T4, T5]).

1.3. Damit erweist sich die Einfügung des § 195 Abs 4 Satz 1 AktG durch das AktRÄG 2009 als bloße Positivierung bereits zuvor von der Rspr entwickelter Grundsätze. Daher erfordert das Inkrafttreten des AktRÄG 2009 keine neuerliche Überprüfung der vom OGH in der E 6 Ob 91/08p zur alten Rechtslage aufgestellten Grundsätze. Dies gilt auch für die Neufassung des § 118 AktG durch das AktRÄG 2009, der im Wesentlichen dem bisherigen, bereits wiederholt Gegenstand von Entscheidungen des OGH bildenden § 112 AktG aF entspricht.

2.1. Die Beurteilung, ob eine Verletzung des Auskunfts- und Rederechts in der HV vorliegt, und ob diese so schwerwiegend ist, dass sie zur Anfechtung berechtigt, ist nach den konkreten Umständen des Einzelfalls vorzunehmen. Wenn die Vorinstanzen in Anbetracht des Umstands, dass die HV mehr als 12 Stunden dauerte und nicht festgestellt werden konnte, dass die Klägerin, die Nebenintervenienten oder andere Aktionäre bestimmte Fragen nicht stellen konnten, zu der Einschätzung gelangten, dass keine relevante Verletzung des Rede- und Auskunftsrechts vorliege, ist dies nicht zu beanstanden. Dabei durften die Vorinstanzen auch berücksichtigen, dass gerade die Klägerin von ihrem Rederecht bis zu diesem Zeitpunkt bereits in einem äußerst umfangreichen Ausmaß Gebrauch gemacht hatte.

2.2. Inwieweit der Umstand, dass die Beschränkung der Redezeit durch die HV und nicht durch den Vorsitzenden erfolgte, zur Anfechtung der Beschlussfassung berechtigen soll, ist nicht ersichtlich. Im vorliegenden Fall erfolgte die Beschränkung der Redezeit gerade über Antrag des Vorsitzenden. Damit wäre den Aktionären aber auch bei einer Beschränkung der Redezeit durch den für eine derartige Maßnahme an sich berufenen Vorsitzenden keine längere Redezeit zur Verfügung gestanden. Die Beschlussfassung durch die HV anstatt durch den Vorsitzenden erweist sich somit als unschädlicher Formfehler, der nicht zur Anfechtung berechtigt.

3.1. Nach dem klaren und eindeutigen Wortlaut des § 1 Abs 2 Satz 1 GesAusG ist Hauptgesellschafter, wem zum Zeitpunkt der Beschlussfassung Anteile in Höhe von mindestens 9/10 des Nennkapitals gehören. Demgemäß entspricht es auch der ganz überwiegenden Auffassung im Schrifttum, dass maßgeblicher Zeitpunkt für das Vorliegen der Beteiligungshöhe derjenige der Beschlussfassung ist (*Kalss/Zollner*, Squeeze-out [2007] § 1 GesAusG Rz 12; *Gall/Potyka/Winner*, Squeeze-out [2006] 115; *Kaindl/Riedler*, Neuerungen für das Pflichtange-

bot und Gesellschafterausschluss, GesRZ 2006, 247 [262]; *Rauter*, Das Gesellschafter-Ausschlussgesetz, Squeeze-out nun „salonfähig“? JAB 2006/2007/16; aA *Koppensteiner*, Einige Fragen zum „Squeeze-out“, GES 2006, 143 [146]).

3.2. Im vorliegenden Fall verfügte die ÖLH im Zeitpunkt des Verlangens des Gesellschafterausschlusses über rund 86,48 % des Nennkapitals (ohne eigene Aktien) der Beklagten; außerdem lagen ihr unwiderrufliche Annahmeerklärungen des Übernahmeangebots im Umfang von weiteren rund 6,79 % des Nennkapitals vor. Damit war aber der Nachweis, im Beschlusszeitpunkt über die erforderliche Beteiligung zu verfügen, jedenfalls erbracht. Dass im Zeitpunkt der Beschlussfassung am 16.12.2009 die erforderliche Beteiligung bestand, wird von den Revisionswerbern nicht bestritten.

3.3. Soweit in der Literatur verlangt wird, dass der Hauptgesellschafter bereits im Zeitpunkt des Verlangens des Gesellschafterausschlusses nachweist, dass er die erforderlichen Anteile im Zeitpunkt der Beschlussfassung halten wird (idS *Kalss*, Das neue Recht des Gesellschafterausschlusses, GesRZ-Sonderheft 2006, 39 [42]; *Gall/Potyka/Winner*, Squeeze-out, Rz 115; *Kaindl/Riedler*, GesRZ 2006, 247 [262]; *Rauter*, JAB 2006/2007/16), will dies dem Interesse der Gesellschaft Rechnung tragen, dass nur solche Ausschlussbegehren gestellt werden, denen aufgrund der erforderlichen Beteiligungsgrenze eine entsprechende Realisierungschance zukommt. Dieser Zweck des Gesetzes erfordert aber nicht, einen Gesellschafterbeschluss auch dann zu beseitigen, wenn im Zeitpunkt der Beschlussfassung der Hauptgesellschafter über die erforderlichen Mehrheiten verfügte, nicht aber im Zeitpunkt des Ausschlussbegehrens. Für die vom Gesetzgeber vorgenommene Interessenabwägung zwischen Hauptgesellschafter und Minderheitsaktionär spielt es keine Rolle, ob die Beteiligungsgrenze bereits vor oder erst im Zeitpunkt der Beschlussfassung erreicht wird, weil durch das Erfordernis einer im Beschlusszeitpunkt vorliegenden Mehrheit die Interessen der Minderheitsaktionäre ausreichend gewahrt sind (vgl auch *Grünwald* in MünchKomm AktG³, § 327a Rz 10).

4.1. In der E 6 Ob 91/08p hat sich der erkennende Senat auch bereits eingehend mit den Rechtsfolgen des Fehlens von Unterlagen iSd § 3 Abs 5 GesAusG auseinandergesetzt. In der Rechtsansicht der Vorinstanzen, dass die nicht aus Anlass des Gesellschafterausschlusses, sondern im Zuge des europäischen Beihilfeverfahrens erfolgte grobe Schätzung des Liquidationswerts der Beklagten kein Gutachten iSd § 3 Abs 5 Z 3 GesAusG darstellt, ist keine vom OGH im Interesse der Rechtssicherheit aufzugreifende Fehlbeurteilung zu erblicken.

4.2. Die angeführte Schätzung von Ernst & Young wurde zu einem anderen Zeitpunkt, nämlich im März 2009, zu einem anderen Zweck, nämlich für das EU-Beihilfeverfahren, und für einen anderen Stichtag eingeholt. Dem Liquidationswert kommt für die Unternehmensbewertung der beklagten Partei keine Bedeutung zu, ist doch für dessen Relevanz auf den unternehmerischen Willen abzustellen, den Betrieb fortzuführen oder einzustellen (*Bukowski/Suerbaum*, Bewertung im Rahmen des Squeeze-out, in *Santelmann/Hoppe/Suerbaum/Bukowski*, Squeeze-out [2010] Rz 533 f mwN). Eine Liquidation

der beklagten Partei war aber nie beabsichtigt. Der – Grundlage für die Festsetzung der Barabfindung bildende – Unternehmenswert wurde auch nicht aufgrund des Liquidationswerts, sondern mittels DCF-Methode festgesetzt; der Verweis auf den Liquidationswert diente lediglich der Plausibilisierung des auf diese Weise gewonnenen Ergebnisses.

5.1. Nach § 195 Abs 4 Satz 2 AktG idF AktRÄG 2009 kann eine Anfechtungsklage auf unrichtige, unvollständige oder unzureichende Informationen in der HV über die Ermittlung, Höhe oder Angemessenheit des Umtauschverhältnisses, der Barabfindung oder einer sonstigen Kompensation nicht gestützt werden, wenn für deren Überprüfung ein besonderes gerichtliches Verfahren vorgesehen ist. Diese durch das AktRÄG 2009 eingefügte Bestimmung ergänzt die Regelung des § 6 GesAusG, der schon bisher vorsah, dass die Anfechtung des Beschlusses nicht darauf gestützt werden kann, dass die Barabfindung nicht angemessen festgelegt ist oder dass die Erläuterungen der Barabfindung in den Berichten gem § 3 GesAusG den gesetzlichen Bestimmungen nicht entsprechen.

5.2. Der Einwand der klagenden Partei, durch die Festsetzung der Barabfindung sei in ihr verfassungsrechtlich garantiertes Recht auf Unversehrtheit des Eigentums eingegriffen worden, betrifft aber ausschließlich die Höhe der Barabfindung. Dass der Ausschlussbeschluss keiner sachlichen Rechtfertigung iSv Erforderlichkeit, Zumutbarkeit und Verhältnismäßigkeit bedarf, sondern der Gesetzgeber selbst die erforderliche Interessenabwägung vorgenommen hat und den voraussetzungslosen Ausschluss gegen angemessene Kompensation zugelassen hat, hat der erkennende Senat bereits in der E 6 Ob 91/08p klargestellt.

5.3. Auch der Einwand, die Barabfindung sei willkürlich und treuwidrig festgesetzt worden, betrifft lediglich deren Höhe und kann daher eine Beschlussanfechtung nicht tragen. Im bloßen Umstand, dass die Barabfindung niedriger als der im Übernahmeverfahren gebotene Abfindungspreis festgesetzt wurde, kann auch kein Verstoß gegen § 47a AktG erblickt werden.

5.4. Weil der Gesetzgeber mit dem GesAusG bereits die Interessenabwägung zwischen dem Hauptgesellschafter und den Minderheitsaktionären vorgenommen hat, ist der Gesellschafterausschlussbeschluss auch nicht an den Kriterien des Rechtsmissbrauchs oder der Treuwidrigkeit zu prüfen, weil damit die gesetzliche Grundentscheidung der Zulässigkeit des Gesellschafterausschlusses konterkariert würde (*Kalss* in MünchKomm AktG³, ÖGesAusG § 4 Rz 8; *Koppensteiner*, GES 2006, 149 f). Eine Anfechtung eines Ausschlussbeschlusses wegen Rechtsmissbrauchs bzw Treuwidrigkeit wäre vielmehr nur dann möglich, wenn gerade die Voraussetzungen für den Gesellschafterausschluss rechtsmissbräuchlich herbeigeführt würden. Demgegenüber beziehen sich die Einwände der klagenden Partei ausschließlich auf die Höhe der Barabfindung.

6. Auch die Beurteilung iSd § 118 Abs 3 AktG iVm § 3 Abs 1, 3 und 5 Z 4 GesAusG, ob Informationen von der Veröffentlichung ausgenommen werden dürfen, weil sie nach vernünftiger unternehmerischer Beurteilung geeignet sind, dem Unternehmen oder einem verbundenen Unternehmen einen

erheblichen Nachteil zuzufügen, kann stets nur unter Bedachtnahme auf die besonderen Umstände des Einzelfalls getroffen werden. Nach den Feststellungen der Vorinstanzen hätten die nicht veröffentlichten Informationen einem Mitbewerber der beklagten Partei Rückschlüsse auf geplante strategische Unternehmensentscheidungen ermöglicht, was einen erheblichen Wettbewerbsnachteil für die beklagte Partei darstellen würde. Zudem hat die beklagte Partei ohnedies sämtliche Themengebiete, die vertrauliche Informationen iSd § 118 Abs 3 AktG enthalten, im veröffentlichten Teil des internen Berichts aufgelistet.

7. Worin eine Sittenwidrigkeit des Ausschlussbeschlusses liegen soll, vermag die klagende Partei nicht darzutun. Die Revisionswerber wiederholen insoweit nur die *verba legalia* und ihre Ausführungen zu anderen Anfechtungsgründen. Ein Verstoß gegen die guten Sitten iSd § 199 Abs 1 Z 4 AktG liegt zudem nur bei einer groben Rechtswidrigkeit ohne Verletzung eines Verbotsgesetzes vor (*Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG*⁵, § 199 Rz 11).

8. Dass der Anfechtungsausschluss des § 6 Abs 1 GesAusG sich nach dem Sinn der Vorschrift nicht nur auf Anfechtungsklagen im engeren Sinn, sondern auch auf Nichtigkeitsklagen bezieht, wurde implizit bereits in der E 6 Ob 91/08p ausgesprochen. Dies ergibt sich zwingend aus dem Zweck dieser Bestimmung, Streitigkeiten über die Höhe der Barabfindung in das außergerichtliche Gremialverfahren zu verlagern und auf diese Weise eine zügige Eintragung des Gesellschafterausschlusses im Firmenbuch und damit Rechtssicherheit zu ermöglichen. Im Übrigen vermag die klagende Partei keine Nichtigkeit iSd § 195 AktG aufzuzeigen.

Anmerkung:

1. In der E 6 Ob 210/12v beschäftigten den OGH wiederum – wie zuvor schon in der Entscheidung vom 11.10.2010, 6 Ob 186/10m – Rechtsfragen iZm dem Squeeze-out einer börsennotierten AG, bei welcher es sich um die Austrian Airlines AG handeln dürfte. Dieser Squeeze-out zeigt den klassischen Ablauf eines auf einen Takeover folgenden Gesellschafterausschlusses (freilich im konkreten Fall gem § 1 GesAusG und nicht gem § 7 GesAusG); ein solcher Squeeze-out hat das Ausscheiden der nach der Übernahme noch in der Gesellschaft verbliebenen Minderheitsaktionäre und das Delisting der Gesellschaft zur Folge. Nach den Regeln des GesAusG sind den im Zuge des Squeeze-out ausscheidenden Minderheitsaktionären ihre Aktien durch eine seitens des Hauptaktionärs zu gewährende angemessene Barabfindung abzugelten. Diese angemessene Barabfindung hat den Unternehmenswert, der anteilig auf die jeweilige Beteiligungsquote des Abfindungsberechtigten entfällt, widerzuspiegeln. Die Praxis zeigt, dass die für den Squeeze-out festgelegte Barabfindung in aller Regel vom Angebotspreis des vorhergehenden Übernahmeangebots abweicht, wobei sowohl Barabfindungen über dem Angebotspreis als auch Abfindungen, die betragsmäßig hinter dem Angebotspreis zurückbleiben, vorkommen (siehe Übersicht bei *Fragner/Schulz*, Verschmelzungen innerhalb der übernahmerechtlichen Nachfrist, *GesRZ* 2010, 261 [263 FN 16]). Dieser Umstand ist an sich nicht überraschend, weil ja der Gesellschafterausschluss zeitlich erst nach der Übernahme durchgeführt wird und somit für die Ermittlung des Übernahmepreises einerseits und der Squeeze-out-Barabfindung andererseits unterschiedliche Stichtage und Referenzzeiträume zu beachten sind; zum Zeitpunkt des Squeeze-out können sich Börsenkurs und/oder Unternehmenswert anders darstellen als während der Übernahme. Insofern kann ein allenfalls absolut niedrigerer Abfindungsbetrag natürlich – in Relation zum mittlerweile möglicherweise gesunkenen Unternehmens-

wert – relativ gleich gut wie oder sogar besser als der Angebotspreis in der Übernahme sein. Zu beachten sind weiters systematische Unterschiede: Bei der Ermittlung des Übernahmepreises geht es weniger um die Erreichung eines angesichts des Unternehmenswerts (objektiv) angemessenen Preises, weil das Übernahmeangebot ohnedies dem „Markttest“ unterliegt und ohne erfolgreiches Bestehen dieses Tests gar nicht positiv abgeschlossen werden kann (vgl. *Gall/Potyka/Winner, Squeeze-out* [2006] Rz 378), sondern „nur“ um die Einhaltung der vor allem bei kontrollrelevanten Übernahmeangeboten einschlägigen regulatorischen Preisregeln (insb § 26 ÜBG), die vor allem die Markttransparenz schützen sollen (vgl. *Winner, Wert und Preis im Zivilrecht* [2007] 494 und 499; *Gall in Huber, ÜBG* [2007] § 7 Rz 35). Beim Squeeze-out hingegen geht es um eine Transaktion, die der Hauptaktionär auch gegen den Willen nicht übertragungswilliger Minderheitsaktionäre durchsetzen kann („legale Enteignung“), weshalb die Barabfindung jedenfalls streng dahingehend zu überprüfen ist, ob sie einen möglichst vollwertigen vermögensrechtlichen Ausgleich bewirkt (*Haberer/Purtscher, Wirtschaftliche und rechtliche Fragen der Unternehmensbewertung, in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf & Due Diligence I* [2010] 159 [187] mwN). Die Barabfindung unterliegt daher nicht dem „Markttest“, sondern der vierfachen Kontrolle durch den Vorstand der Zielgesellschaft, den gerichtlich bestellten sachverständigen Prüfer, den Aufsichtsrat der Zielgesellschaft und das gerichtliche Nachprüfungsverfahren. Freilich: Wenn die festgelegte Abfindung im Squeeze-out unter dem Angebotspreis des Übernahmeangebots bleibt, so ist dies für den einzelnen Minderheitsaktionär möglicherweise unerfreulich, der diesfalls noch während des laufenden Übernahmeangebots einen höheren Veräußerungserlös erzielen hätte können (immer wieder werden allerdings auch Fälle bekannt, in denen Aktien der Zielgesellschaft erst nach abgeschlossener Übernahme erworben werden; in derartigen Fällen liegt der Verdacht auf reine „Abfindungsspekulation“ auf der Hand). Seitens der Minderheitsaktionäre wird in Überprüfungsverfahren gem § 6 Abs 2 GesAusG iVm §§ 225c ff AktG häufig das pauschale Argument gebraucht, dass die Höhe des bei Vorerwerben im Zuge einer Übernahme gezahlten Preises maßgeblich – iS eines Indikators oder sogar einer Untergrenze – für die Höhe der angemessenen Barabfindung im nachfolgenden Squeeze-out sei.

2. Bereits in der E 6 Ob 186/10m war der OGH mit dem gegenständlichen Squeeze-out konfrontiert und hatte sich mit einem Antrag aus dem Verfahren zur Überprüfung der Angemessenheit der Barabfindung zu befassen. Im Zuge dieses Überprüfungsverfahrens war nämlich der Antrag auf Feststellung gestellt worden, dass eine Barabfindung unter dem Wert des im Zuge des Übernahmeverfahrens angebotenen Preises pro Aktie jedenfalls nicht angemessen sei. Der OGH beurteilte diesen Feststellungsantrag als verfahrensrechtlich unzulässig und hatte somit die an ihn herangetragene materielle Frage in dieser früheren Entscheidung nicht näher zu prüfen.

3. Die hier zu besprechende OGH-Entscheidung entspringt nun nicht dem außerstreitigen Überprüfungsverfahren, sondern einem streitigen Anfechtungsverfahren, das einige Minderheitsaktionäre mit Anfechtungsklagen gegen den Squeeze-out-Beschluss angestrengt hatten. Verfahrensgegner der Minderheitsaktionäre war in diesem Verfahren daher entsprechend dem Bild des Gesetzes – anders als im Überprüfungsverfahren – nicht die Hauptaktionärin, sondern die Zielgesellschaft selbst. ME zustimmungswürdig vertritt der OGH zur Abgrenzung zwischen Anfechtungs- und Nachprüfungsverfahren in der vorliegenden Entscheidung eine strenge Haltung, die dem *telos* von § 195 Abs 4, § 225b AktG und § 6 GesAusG gerecht wird und der unternehmerischen Praxis und der Rechtssicherheit dient. Jegliche Argumente, die letztlich auf eine Bemängelung der Höhe der Barabfindung hinauslaufen, vermögen eine Anfechtungsklage nicht zu tragen, sondern sind im Nachprüfungsverfahren zu relevieren.

4. IdZ hält der OGH auch fest: „Im bloßen Umstand, dass die Barabfindung niedriger als der im Übernahmeverfahren gebotene Abfindungspreis festgesetzt wurde, kann auch kein Verstoß gegen § 47a AktG [also das Gleichbehandlungsgebot] erblickt werden.“ Mit dieser lapidaren Aussage entzieht sich der OGH also dem erneuten Versuch,

in der Judikatur eine Festlegung des Takeover-Preises als Untergrenze für die Squeeze-out-Barabfindung herbeizuführen. Der OGH erwähnt ausdrücklich § 47a AktG; diese Bestimmung greift jedenfalls im Verhältnis Gesellschaft – Gesellschafter und wäre daher eine geeignete Rechtsgrundlage, die Anfechtung eines HV-Beschlusses zu stützen (vgl. *P. Doralt/Winner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² [2012] § 47a Rz 22; *Diregger* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG², § 195 Rz 25 ff). Im Verhältnis der Aktionäre untereinander ist § 47a AktG jedoch grundsätzlich nicht anwendbar (vgl. *Geist in Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ [2011] § 47a Rz 3; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht [2008] Vor Rz 3/175; *Winner*, Wert und Preis, 509; aA *Gall/Potyka/Winner*, Squeeze-out, Rz 204). Der vorhin zitierte Rechtsatz des OGH zielt daher wohl primär auf das Anfechtungsverfahren ab, weil in diesem das Gegenüber des klagenden Aktionärs die Gesellschaft ist. Hingegen spielt sich das Überprüfungsverfahren auf der Ebene der Aktionäre ab; Verfahrensgegner des Antragstellers ist der Hauptaktionär. Theoretisch wäre es daher denkbar – obwohl der OGH dies mit keinem Wort andeutet –, dass im Überprüfungsverfahren der Übernahmepreis doch maßgeblich für die Ermittlung der angemessenen Barabfindung sein sollte.

5. Diese Frage spielt nicht nur – wie bereits eingangs erwähnt – in der Praxis eine große Rolle, sondern wird auch in der Literatur breit diskutiert. Ausgangspunkte der Diskussion sind einerseits das aus Treuepflicht und *Erga-omnes*-Grundsatz ableitbare Prinzip, nach dem allen Aktionären für die gleichen Anteile die gleiche Abfindung zu gewähren ist (*Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung² [2010] § 2 GesAusG Rz 19, 21; *Winner*, Wert und Preis, 510; *A. Burger*, Gleichbehandlung und Squeeze-out-Abfindung zum Börsenkurs, RdW 2012, 393), und andererseits die beiden verschiedenen Arten eines Squeeze-out-Verfahrens, die nach einem Takeover durchgeführt werden können, nämlich der gesellschaftsrechtliche Squeeze-out gem § 1 GesAusG und der übernahmerechtliche Squeeze-out gem § 7 GesAusG. Zwischen den beiden Varianten besteht Wahlfreiheit (*Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 7 GesAusG Rz 4; *Zollner* in *Huber*, ÜbG, § 7 GesAusG Rz 2; *Kalss/Zollner*, Squeeze-out [2007] § 7 GesAusG Rz 2). Für den übernahmerechtlichen Squeeze-out, der auf den Vorgaben der Übernahmerrichtlinie beruht, legt § 7 Abs 3 GesAusG fest, dass 1.) eine Barabfindung unter dem Wert der höchsten Gegenleistung des Übernahmeangebots nicht angemessen ist (Untergrenze) und dass 2.) für den Fall, dass der Bieter im Zuge des Übernahmeangebots mehr als 90 % der durch das Angebot betroffenen Aktien erworben hat, vermutet wird, dass eine Barabfindung in Höhe des Werts der höchsten Gegenleistung angemessen ist (Angemessenheitsvermutung). Diese Preisregeln des § 7 Abs 3 GesAusG greifen jedoch nach dem Gesetzeswortlaut nur im Rahmen des Sonderregimes des § 7 GesAusG ein. Das Sonderregime kann nur für Gesellschafterausschlüsse, die innerhalb von drei Monaten nach Ablauf der Angebotsfrist eines Übernahmeangebots von der HV beschlossen werden, zur Anwendung gebracht werden (§ 7 Abs 1 GesAusG). Für den Squeeze-out nach § 1 GesAusG gibt es hingegen keine explizite gesetzliche Regelung, die die Berücksichtigung von Vorerwerben bei der Bemessung der Barabfindung verlangt (*Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 2 GesAusG Rz 23).

6. Um aber eine missbräuchliche Ausübung des Wahlrechts zwischen § 1 und § 7 GesAusG zu verhindern, die dem Zweck dienen könnte, die Berücksichtigung der Vorerwerbe aus dem Übernahmeangebot zu umschiffen, ist die Untergrenze des § 7 Abs 3 GesAusG nach hL auch bei einem Squeeze-out nach § 1 GesAusG anwendbar (*Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 2 GesAusG Rz 23 und § 7 GesAusG Rz 37; *Winner*, Wert und Preis, 511 ff; *ders*, Wert und Preis im neuen Recht des Squeeze-out, JBl 2007, 434 [443]; *Kalss/Zollner*, Squeeze-out, § 2 GesAusG Rz 18; vgl. auch *Gall/Potyka/Winner*, Squeeze-out, Rz 235 ff). Diese analoge Anwendung ist allerdings mE nur innerhalb der Dreimonatsfrist des § 7 GesAusG zu bejahen (so zumindest grundsätzlich auch *Winner*, Wert und Preis, 513; *ders*, JBl 2007, 443; freilich befürwortet *Winner* darüber hinaus die allgemeine Berücksichtigung von Vorerwerben und Paralleltransaktionen). Diese Frist beginnt mit Ende der ur-

sprünglichen Angebotsfrist zu laufen; eine etwaige Nachfrist ist für die Fristberechnung nicht zu berücksichtigen (*Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 7 GesAusG Rz 18; *dies*, Das neue Recht des Gesellschafterausschlusses, RWZ 2006, 168 [172]; *Gall/Potyka/Winner*, Squeeze-out, Rz 391). Nach Ablauf der Dreimonatsfrist kann der Squeeze-out nicht mehr als „Ausschluss nach einem Übernahmeangebot“ mit den damit verbundenen Sonderpreisregelungen qualifiziert werden und die Angemessenheitsvermutung des § 7 Abs 3 GesAusG kommt nicht mehr zum Tragen (*Gall/Potyka/Winner*, Squeeze-out, Rz 435). Damit scheidet aber ab diesem Zeitpunkt mE auch eine analoge Anwendung des § 7 Abs 3 GesAusG auf den gesellschaftsrechtlichen Squeeze-out gem § 1 GesAusG aus. Dafür spricht zuvorderst die Systematik des Gesetzes mit einer klaren Frist für die Anwendbarkeit des § 7 GesAusG, zumal der übernahmerechtliche Squeeze-out eindeutig als privilegierte Ausnahme zum „klassischen“ Gesellschafterausschluss konzipiert ist: Im Rahmen des § 7 GesAusG soll dem Bieter nach einem erfolgreichen Übernahmeangebot ein erleichterter Gesellschafterausschluss ermöglicht werden (*Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 7 GesAusG Rz 3; *dies*, Das neue Recht des Gesellschafterausschlusses, in *Jahn*, Squeeze-out [GesRZ-Spezial, September 2006] 39 [55]; *C. Schmidt* in *Birkner*, Handbuch Übernahmerecht I [2012] 180). Dazu muss der Hauptaktionär eine gewisse Maßgeblichkeit des im Rahmen der Übernahme angebotenen Preises in Kauf nehmen; allerdings stellt die in § 7 Abs 3 GesAusG enthaltene Vermutung der Angemessenheit gleichzeitig auch eine Begünstigung des Hauptaktionärs dar (vgl. *Winner*, Wert und Preis, 513), weil sie die Ermittlung der angemessenen Barabfindung erleichtert, indem ein vom Markt als attraktiv beurteilter Preis vom Gesetz durch eine Angemessenheitsvermutung belohnt wird (*Winner*, JBl 2007, 440). Die Preisregelungen des § 7 Abs 3 GesAusG sind daher dahingehend zu verstehen, dass sie die Bestimmung der angemessenen Barabfindung erleichtern und beschleunigen sollen. Im Ergebnis bleibt mE kein Platz für eine analoge Anwendung des § 7 Abs 3 GesAusG auf einen Gesellschafterausschluss außerhalb der Dreimonatsfrist. Macht der Hauptaktionär von der begünstigten Form des übernahmerechtlichen Gesellschafterausschlusses nicht Gebrauch und/oder treffen die geforderten Voraussetzungen nicht (mehr) zu, so sollte auch der im Rahmen des Übernahmeangebots angebotene Preis nicht weiterhin gelten. Der Übernahmepreis ist selbstverständlich ein Indiz für den Unternehmenswert (zur generellen Bedeutung von „am Markt erzielten Preisen“ im Rahmen des Squeeze-out vgl. ErlRV 1334 BgNR 22. GP, 28; vgl. auch *Gall/Potyka/Winner*, Squeeze-out, Rz 435), aber mE keine absolute Untergrenze.

7. Auch sachlich und wertungsmäßig ist mE eine Erstreckung der absoluten Relevanz des Übernahmepreises ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung nicht gefordert, weil zwischen dem Preis einzelner Aktien oder Aktienpakete und dem objektiven Wert der Gesellschaft letztlich kein unmittelbarer Zusammenhang besteht. Gerade in einer Übernahmesituation wird der Übernehmer zur Erreichung der angestrebten Beteiligungsquote und des gewünschten Einflusses auf die Zielgesellschaft regelmäßig bereit sein, aus strategischen Überlegungen allenfalls auch überproportional viel zu zahlen (*Koppenteiner* in *Kölner Komm AktG*³, § 305 Rz 73; *Hüffer*, AktG¹⁰ [2012] § 305 Rz 21; vgl. auch *Winner*, Wert und Preis, 507 f; *Hödl*, „Squeeze-out“ neu, in *Polster-Grüll/Zöchling/Kranebitter*, Handbuch Mergers & Acquisitions [2007] 527 [550]). Zu berücksichtigen ist auch die zeitliche Komponente: Es gibt keinen Grund zur Annahme, dass sich der Unternehmenswert – selbst wenn er sich in einem früheren Angebotspreis widerspiegelt hat – nicht bis zum Bewertungsstichtag für den Squeeze-out faktisch verändern kann, und es besteht auch keine Absicherung gegen einen möglicherweise drastischen Wertverlust genau im Zeitraum zwischen Übernahme und Squeeze-out (vgl. *Koppenteiner* in *Kölner Komm AktG*³, § 305 Rz 74). Genau deshalb greift nach der Literatur sogar innerhalb des Anwendungsbereichs von § 7 GesAusG die Mindestschwelle des Abs 3 nicht ein, wenn es nach Durchführung des Angebots zu einer wesentlichen Verschlechterung der wirtschaftlichen Verhältnisse der Gesellschaft kommt (*Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 2 GesAusG Rz 23 FN 62 und § 7 GesAusG Rz 34;

Zollner in Huber, ÜbG, § 7 GesAusG Rz 25; Kalss/Zollner, Squeeze-out, § 7 GesAusG Rz 32). Zu beachten ist auch der übernahmerechtlich geprägte Charakter des § 7 GesAusG; die Bestimmung führt bemerkenswerterweise dazu, dass das mehrheitliche Urteil der verkaufswilligen Aktionäre als Maßstab für die Abfindung der nicht verkaufswilligen, also genau dem Übernahmeangebot ablehnend gegenüberstehenden Aktionäre herangezogen wird (Winner, JBl 2007, 440). Diese dem kapitalmarktrechtlich-regulatorischen Ansatz des Übernahmerechts geschuldete Logik spricht aber mE auch für einen möglichst engen Anwendungsbereich des § 7 Abs 3 GesAusG (vgl. Koppensteiner, Abfindung bei Aktiengesellschaften und Verfassungsrecht, JBl 2003, 707 [710] mit Nachweisen anderer Ansichten); das Votum der verkaufswilligen Aktionäre sollte weder für die verbliebenen Minderheitsaktionäre noch für den Hauptaktionär eine übermäßig lange Bindungswirkung entfalten. Aus § 7 Abs 3 GesAusG ist daher mE nicht unbedingt eine verallgemeinerungsfähige Wertung abzulesen, die das Hineintragen dieses übernahmerechtlichen Konzepts in das Gesellschaftsrecht über das Ausmaß, das von der Übernahmerrichtlinie selbst geboten ist, hinaus erfordern würde. Einen ähnlichen Gedanken hat das LG München I im Beschluss vom 29.3.2010, 38 O 22024/09, ZIP 2010, 1995, sogar für den „Binnenbereich“ des Gesellschaftsrechts dargelegt, in dem es heißt, dass der gesetzlich vorgeschriebene Mindestausgabebetrag bei einer Kapitalerhöhung keinen Rückschluss auf den Wert des Unternehmens und damit auf die Angemessenheit der Barabfindung zulässt, wobei dies mit der unterschiedlichen Zielrichtung der Vorschriften begründet wird.

8. Die gegenständliche Anfechtungsklage wurde neben anderen Punkten auf nach Sicht der Kläger bestehende Informationsdefizite gestützt. IdZ kommt der OGH zu einer interessanten Auslegung des § 3 Abs 5 Z 3 GesAusG; diese Bestimmung verlangt, dass den Aktionären im Vorfeld der Squeeze-out-HV „allfällige Gutachten, auf denen die Beurteilung der Angemessenheit [der Barabfindung durch Vorstand, sachverständigen Prüfer und Aufsichtsrat] beruht“, grundsätzlich offenzulegen sind. Im gegenständlichen Fall wurde in den einschlägigen Prüfberichten ua auch auf eine Schätzung des Liquidationswerts verwiesen; diese Schätzung wurde aber den Aktionären nicht offengelegt. Der OGH formuliert nun Negativ-Kriterien, aus denen abzuleiten ist, dass diese Schätzung kein Gutachten iSd § 3 Abs 5 Z 3 GesAusG darstellte und somit legitimerweise den Aktionären vorenthalten wurde: Die Schätzung des Liquidationswerts wurde nämlich zu einem anderen Zeitpunkt, für einen anderen Stichtag und nicht für Zwecke des Squeeze-out-Verfahrens eingeholt. Zudem kam dem Liquidationswert für die Unternehmensbewertung der Gesellschaft keine Bedeutung zu; der Unternehmenswert wurde nämlich korrekterweise auf Grundlage des unternehmerischen Willens zur Betriebsfortführung nach der DCF-Methode ermittelt. Der bloße Verweis auf die Schätzung des Liquidationswerts zu Plausibilisierungszwecken erhebt die Schätzung also nicht in den Rang eines Gutachtens iSd § 3 Abs 5 Z 3 GesAusG. Dies ist auch vor dem Hintergrund bemerkenswert, dass der 6. Senat des OGH in einer anderen rezenten Entscheidung soeben festgehalten hat, dass der Liquidationswert die Wertuntergrenze für den Unternehmenswert bildet (OGH 27.2.2013, 6 Ob 25/12p).

Heinrich Foglar-Deinhardstein

Mag. Heinrich Foglar-Deinhardstein, LL.M. ist Partner einer Rechtsanwaltskanzlei in Wien und mit Gesellschafts- und Stiftungsrecht und Umgründungen befasst.

Ausgewählte OLG-Entscheidungen

Eintragung der Anschrift

§ 3 Abs 2 FBG

Der Eintragungstatbestand der Zustellanschrift von Gesellschaftern, so diese natürliche Personen sind, ist mit Zwangsstrafen gem § 24 FBG erzwingbar.

OLG Wien 27.4.2012, 28 R 89/12g

*

Offenlegung des Jahresabschlusses von Zweigniederlassungen

§ 280a UGB

Die Offenlegung des Jahresabschlusses ist auch dann verpflichtend, wenn im Sitzstaat der Hauptniederlassung der Jahresabschluss nicht geprüft und offengelegt wurde, da im Sitzstaat keine Prüfpflicht besteht.

OLG Wien 28.8.2012, 4 R 175/12b

*

Verwechslungsfähigkeit von Firmen

§ 29 UGB

1. Auch bereits bestehende Firmen, die ihren Sitz verlegen wollen, müssen dem Grundsatz der Firmenunterscheidbarkeit nach § 29 UGB am neuen Sitz entsprechen (§ 13 Abs 2, § 29 UGB). Das Firmenbuchgericht hat dies von Amts wegen wahrzunehmen und gegebenenfalls die Eintragung abzulehnen.
2. Die Übereinstimmung des Firmenschlagworts indiziert die Verwechslungsgefahr. Eine solche wäre nur dann zu verneinen, wenn die Waren oder Leistungen der beiden Unternehmen so weit voneinander entfernt wären, dass die beteiligten Verkehrskreise schon aus diesem Grund trotz Ähnlichkeit der Bezeichnungen weder auf eine Herkunft aus demselben Betrieb noch auf das Vorhandensein geschäftlicher Zusammenhänge schließen würden.
3. Im Fall einer GmbH & Co KG reicht es aus, wenn sich die Firma der Komplementär-GmbH nur durch den Rechtsformzusatz von jener der ihr zugeordneten KG unterscheidet.

OLG Wien 6.6.2012, 28 R 45/12m

*

Zulässigkeit von Firmen im Konzern

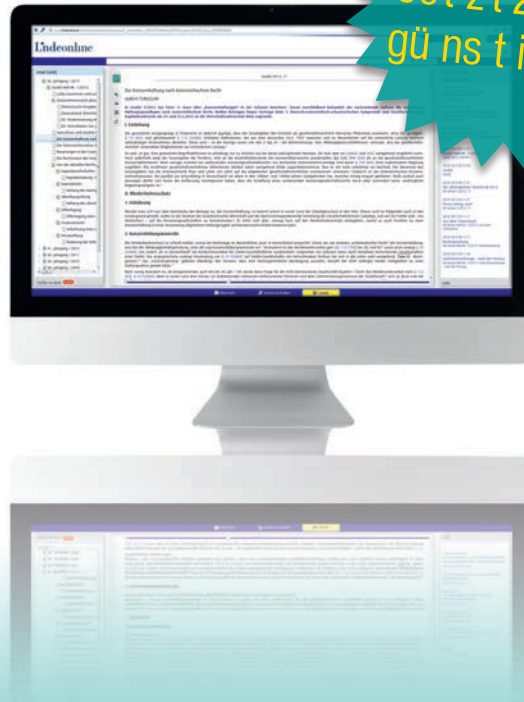
§ 29 UGB

1. Prägende Firmenschlagworte können auch bei ähnlichem Unternehmensgegenstand gleichlautend für mehrere Unternehmen gebraucht werden, wenn es sich bei diesen um Konzerngesellschaften handelt.
2. Maßgeblich bei der Beurteilung, ob GmbHs Konzernunternehmen sind, ist, dass eine einheitliche Leitung mehrerer Gesellschaften möglich ist, also „Konzernierbarkeit“ vorliegt oder dass zumindest längerfristig mit einem einflusskonformen Verhalten der Geschäftsführung zu rechnen ist.
3. Existieren bereits zwei nicht zusammenhängende Unternehmen mit demselben Firmenschlagwort, soll der geschaffene Wert an diesem Kern der Unternehmensbezeichnungen nicht durch die Verweigerung jedweder weiteren Eintragung zerstört werden, der Widerspruch zwischen den beiden Unternehmen ist ja ohnehin bereits vorhanden und der Konzern wäre in seiner wirtschaftlichen Weiterentwicklung behindert.

OLG Wien 11.6.2012, 28 R 66/12z

GesR Z-Halb Ja Hr eSa bo

inklusive **Onlinezugang**
und **app** zum Hef t-download



Aktion
Jetzt 20%
günstiger!



BESTELLEN SIE JETZT IHR HALBJAHRESABO

Ja, ich bestelle Exemplare

GesRZ-Halbjahresabonnement 2013 inkl. Onlinezugang und App
(42. Jahrgang 2013, Heft 4-6)

EUR 50,80
(Jahresabo 2013 EUR 127,-)

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 Wien 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