

Aus der aktuellen Rechtsprechung^{*}

Kapitalgesellschaften

Zu Rechtsfragen im Zusammenhang mit Ansprüchen auf Barabfindung nach dem GesAusG

§ 2 Abs 2 und § 6 Abs 2 GesAusG

§§ 225c ff AktG

§ 1000 ABGB

§ 456 UGB

1. § 6 Abs 2 GesAusG ist dahin auszulegen, dass nur die Überprüfung der Angemessenheit der Barabfindung, nicht aber die Beurteilung individueller Ansprüche in das außerstreitige Prüfungsverfahren nach §§ 225c ff AktG verwiesen wird. Im Verfahren über die Höhe der Barabfindung des ausgeschlossenen Minderheitsgesellschafters sind keine individuellen, ziffernmäßig bestimmten Leistungszusprüche vorzunehmen.

2. Das Prüfungsverfahren dient der Klärung von Bewertungsfragen, auf deren Grundlage die Höhe der angemessenen Barabfindung mit *Erga-omnes*-Wirkung festzusetzen ist. Die Verzinsung der Barabfindung ergibt sich aus dem Gesetz. Die Verzinsung ist daher nicht Gegenstand des Verfahrens zur Überprüfung der Barabfindung. Ein Ausspruch über die Verzinsung im Prüfungsverfahren ist daher nicht erforderlich.

3. Die ausgeschlossenen Minderheitsaktionäre sind auch hinsichtlich der Verzinsung so zu stellen, als wäre ihnen von Anfang an eine Barabfindung in angemessener Höhe gewährt worden. Daher haben die ausgeschlossenen Gesellschafter auch für den Zuzahlungsbetrag Anspruch auf Zinsen in Höhe von 2 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem der Beschlussfassung durch die Gesellschafterversammlung folgenden Tag bis zwei Monate nach dem Tag der Veröffentlichung des Beschlusses in der Ediktsdatei. Für den darauffolgenden Zeitraum sind Zinsen in Höhe des gesetzlichen Verzugszinssatzes geschuldet. Für die Anwendung des § 456 UGB besteht kein Raum. Es kommt einheitlich der Verzugszinssatz des § 1000 Abs 1 ABGB zur Anwendung.

4. Auch bei einem über drei Jahre dauernden Prüfungsverfahren kommt es nicht zur Verjährung von Zinsansprüchen aus den im Prüfungsverfahren festgelegten Zuzahlungen. Die Verjährungsfrist beginnt grundsätzlich zu dem Zeitpunkt zu laufen, zu dem das Recht zuerst hätte ausgeübt werden können. Die rechtskräftige Entscheidung im Prüfungsverfahren ist damit Voraussetzung der Geltendmachung des individuellen, ziffernmäßig bestimmten Anspruchs auf bare Zuzahlung samt den daraus gebührenden Zinsen durch den einzelnen ausgeschlossenen Minderheitsgesellschafter.

OGH 12.5.2021, 6 Ob 246/20z (OLG Wien 6 R 78/20i ua; LG Krems 10 Fr 183/16p)

[1] Die Antragsgegnerin war Hauptgesellschafterin iSd § 1 Abs 2 GesAusG der am 31.12.2015 aus dem Firmenbuch gelöschten B. AG (künftig: Gesellschaft). Am 5.10.2015 wurde der geplante Ausschluss der übrigen Aktionäre der Gesellschaft öffentlich bekannt gegeben. Am 20.11.2015 beschloss die Hauptversammlung der Gesellschaft auf Verlangen der Antragsgegnerin den Ausschluss der übrigen Aktionäre gem

§§ 1 ff GesAusG. Die Barabfindung je Aktie wurde durch den gemeinsamen Bericht des Vorstands der Gesellschaft und der Antragsgegnerin mit 5,80 € festgelegt. Der Gesellschafterausschluss wurde am 23.12.2015 im Firmenbuch eingetragen.

[2] Insgesamt 20 Minderheitsaktionäre stellten Anträge auf Überprüfung der Barabfindung ..., die darauf abzielten, das Gericht möge eine höhere als die gewährte Barabfindung als angemessen festsetzen.

[3] Die Antragsgegnerin betrachtet die gewährte Barabfindung von 5,80 € als angemessen.

[4] Das Erstgericht ordnete mit Beschluss vom 23.6.2016 die Einholung eines Gutachtens des Gremiums zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses zur Überprüfung der angebotenen Barabfindung gem § 225g AktG an. Dieses holte ein Gutachten eines Sachverständigen ein und legte seinerseits ein Gutachten vor.

[5] Das Erstgericht stellte fest, die Gesellschaft habe die Funktion einer Holdinggesellschaft ausgeübt, der die Leitung einer international tätigen Unternehmensgruppe zugekommen sei. Die im Streubesitz notierten Aktien hätten zum Bewertungsstichtag (20.11.2015) im amtlichen Handel der Börse München notiert. Zum Bewertungsstichtag sei ein erheblicher Anteil des Konzernvermögens auf Finanzvermögen entfallen. Der wesentlichste Vermögenswert sei eine Beteiligung der Gesellschaft an einer deutschen börsennotierten AG, der A. AG (künftig: Beteiligungsgesellschaft), im Umfang von 11,58 % der ausgegebenen Anteile gewesen. Für die Ermittlung des Einflusses dieser Beteiligung auf den Wert der Gesellschaft sei zu beachten, dass die Annahme der Veräußerung der Beteiligung über die Börse problematisch sei, weil sie wegen der Größe des Aktienpakets und der geringen Liquidität der Aktie zu erheblichen negativen Kursbeeinflussungen führen würde. Es werde daher zunächst festgestellt, welcher Wert der Beteiligungsgesellschaft sich bei einer Stichtagsbetrachtung und bei einer Durchschnittsbetrachtung ergebe und wie sich diese Bewertungen auf den Wert der Aktien der vom Gesellschafterausschluss betroffenen Gesellschaft (der B. AG) auswirkten. Danach sei zu beurteilen, welche Methode angemessen sei.

[6] Die Heranziehung des dreimonatigen gewichteten durchschnittlichen Börsenkurses der Aktie der Beteiligungsgesellschaft im Beobachtungszeitraum 20.8.2015 bis 19.11.2015 würde sich auf den Unternehmenswert der B. AG so auswirken, dass der Wert je (B.-)Aktie 7,12 € betrage. Die Heranziehung des sechsmonatigen gewichteten durchschnittlichen Börsenkurses der Aktie der Beteiligungsgesellschaft führe zu einer Bewertung der Aktie der Gesellschaft mit 6,78 €. Bei Heranziehung des Stichtagskurses zum 20.11.2015 ergebe sich ein Wert der Aktie der Gesellschaft von 7,88 €. Der vom Gremium bestellte Sachverständige sprach sich für den Beobachtungszeitraum von sechs Monaten aus.

► [7] Das Erstgericht ... setzte die Barabfindung mit 7,88 € je Aktie zuzüglich Zinsen von 2 Prozentpunkten jährlich über dem jeweils geltenden Basiszinssatz ab dem der Beschlussfassung durch die Gesellschafterversammlung folgenden Tag ... bis zur Fälligkeit fest und sprach aus, die Antragsgegnerin sei verpflichtet, einen Ausgleich durch bare Zuzahlung von 2,08 € je Aktie der Gesellschaft zuzüglich Zinsen in der genannten Höhe zu leisten.

...

► [9] Das Rekursgericht änderte den angefochtenen Beschluss dahin ab, dass es aussprach, die Antragsgegnerin habe zu der gewährten Barabfindung von 5,80 € je Aktie einen Ausgleich durch bare Zuzahlung von 0,98 € je Aktie zu leisten.

[10] Es ließ den Revisionsrekurs nicht zu ...

► Der OGH gab den Revisionsrekursen eines Antragstellers und der gemeinsamen Vertreterin nicht Folge.

* Die zivilrechtliche Judikatur wird von Dr. Georg Nowotny, Hofrat des OGH, bearbeitet.

Aus der Begründung des OGH:

[19] 1. Zur Titulierung von Ansprüchen im Verfahren zur Überprüfung der Barabfindung

[20] 1.1. Nach § 6 Abs 1 GesAusG kann die Anfechtung des Beschlusses über den Gesellschafterausschluss nicht darauf gestützt werden, dass die Barabfindung nicht angemessen festgelegt ist. Nach § 6 Abs 2 GesAusG hat die Überprüfung der Barabfindung im (außerstreitigen; § 225e Abs 1 AktG) Verfahren nach §§ 225c ff AktG zu erfolgen.

[21] Diese Zweiteilung des Rechtsschutzes soll sowohl dem Interesse an der raschen Durchführung der Strukturentscheidung als auch dem Interesse an einer Kontrolle (hier:) der Barabfindung Rechnung tragen; sie folgt dem deutschen Vorbild (vgl ErlRV 32 BlgNR 20. GP, 100).

[22] 1.2. (Auch) nach *deutscher Rechtslage* kann die Anfechtung des Übertragungsbeschlusses nicht darauf gestützt werden, dass die durch den Hauptaktionär festgelegte Barabfindung (vgl § 327b dAktG) nicht angemessen ist. Die Überprüfung findet vielmehr im Verfahren nach dem deutschen SpruchG ... statt (§ 1 Z 3 SpruchG). Ist die Barabfindung nicht angemessen, so hat das in § 2 SpruchG bestimmte Gericht auf Antrag die angemessene Barabfindung zu bestimmen (§§ 327 und 328 dAktG). Das Gericht entscheidet mit Beschluss (§ 11 SpruchG), der für und gegen alle wirkt (§ 13 SpruchG).

[23] Es besteht Einigkeit darüber, dass die Entscheidung im Spruchverfahren keinen Vollstreckungstitel für den Antragsteller oder andere einzelne Anteilsinhaber bildet. Das Gericht stellt lediglich fest, welche bare Zuzahlung angemessen ist (*Kubis* in MünchKomm AktG⁵, § 11 SpruchG Rz 5, § 13 SpruchG Rz 4 und § 16 SpruchG Rz 1; *Puszkajler* in Kölner Komm AktG³, § 11 SpruchG Rz 16; *Wilske* in Kölner Komm AktG³, § 13 SpruchG Rz 19; *Drescher* in *Spindler/Stilz*, AktG⁴ [2019] § 11 SpruchG Rz 4). Diese müssen ihre Ansprüche – aufgrund der ausdrücklichen Anordnung in § 16 SpruchG – jeweils einzeln im streitigen Verfahren mit einer Leistungsklage geltend machen (*Puszkajler* in Kölner Komm AktG³, § 11 SpruchG Rz 16; *Wilske* in Kölner Komm AktG³, § 13 SpruchG Rz 19).

[24] Die Zinsen aus dem Abfindungsbetrag sind nicht Gegenstand des Spruchverfahrens, sondern müssen im streitigen Verfahren nach § 16 SpruchG geltend gemacht werden (*Roskopf* in Kölner Komm AktG³, § 16 SpruchG Rz 8). Über die Verzinsung ist daher im Spruchverfahren nach überwiegender Ansicht nicht abzusprechen (*Puszkajler* in Kölner Komm AktG³, § 11 SpruchG Rz 15; *Kubis* in MünchKomm AktG⁵, § 11 SpruchG Rz 4 mwN des Meinungsstands; *Drescher* in *Spindler/Stilz*, AktG⁴, § 11 SpruchG Rz 4, wonach ein dennoch erfolgter Ausspruch nicht schade).

[25] Dies wird damit begründet, dass die Verzinsung im Gesetz zwingend vorgeschrieben und deshalb nicht Gegenstand der zu überprüfenden Anteilsbewertung sei. Die Zinsen seien vielmehr Teil des konkreten, nach § 16 SpruchG mit Leistungsklage (für die Einbeziehung von Stufenklagen und Feststellungsklagen *Meilicke*, Erste Probleme mit § 16 SpruchG, NZG 2004, 547 [548 f]) geltend zu machenden Zahlungsanspruchs (*Kubis* in MünchKomm AktG⁵, § 11 SpruchG Rz 4; *Drescher* in *Spindler/Stilz*, AktG⁴, § 11 SpruchG Rz 4; *Puszkajler* in Kölner Komm AktG³, § 11 SpruchG Rz 15).

[26] Das über die Leistungsklage entscheidende Gericht ist gem § 13 Satz 2 SpruchG an die rechtskräftige Entscheidung im Spruchverfahren gebunden (*Wilske* in Kölner Komm AktG³, § 13 SpruchG Rz 19).

[27] Nur der Vollständigkeit halber ist klarzustellen, dass die dargestellte Rechtslage dem Abschluss eines Vergleichs mit dort geregelten exekutionsfähigen Zuzahlungspflichten nicht entgegensteht (vgl *Kubis* in MünchKomm AktG⁵, § 11 SpruchG Rz 13; *Puszkajler* in Kölner Komm AktG³, § 11 SpruchG Rz 39).

[28] 1.3. Für die *österreichische Rechtslage* ist zunächst davon auszugehen, dass die vom Hauptgesellschafter im Zuge des Gesellschafterausschlusses gewährte Barabfindung im streitigen Verfahren geltend zu machen ist (*Gall/Potyka/Winner*, Squeeze-out [2006] Rz 244).

[29] Die nach § 6 Abs 2 GesAusG für die Überprüfung der Barabfindung anzuwendenden §§ 225c ff AktG enthalten aber keine ausdrückliche, § 16 SpruchG vergleichbare Anordnung des streitigen Rechtswegs für die Geltendmachung des individuell zustehenden Anspruchs auf bare Zuzahlung.

[30] In der *Literatur* wurde zur österreichischen Rechtslage vor dem AktRÄG 2019 (BGBl I 2019/63) durchwegs vertreten, dass im außerstreitigen Überprüfungsverfahren bereits ein Exekutionstitel geschaffen werde (*Gall/Potyka/Winner*, Squeeze-out, Rz 244; *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung² [2010] § 225i AktG Rz 6; *dies* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² [2012] § 225i Rz 5; *Szep* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ [2019] § 225i Rz 12). Daher sei in der gerichtlichen Entscheidung die den antragstellenden Aktionären individuell zustehende Höhe der baren Zuzahlung ziffernmäßig festzusetzen; die übrigen namentlich bekannten Aktionäre seien unter Angabe der konkreten baren Zuzahlung aufzulisten, auch wenn für sie ein gemeinsamer Vertreter bestellt sei; für die namentlich nicht bekannten Aktionäre seien die Ausgleichsleistungen allgemein unter Bezugnahme auf das Nominale oder die Stückaktien zu bestimmen (*Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 225i AktG Rz 6; *Szep* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶, § 225i Rz 10 ff). Für diese Auffassung sprechen die Erläuterungen zum EU-GesRÄG (BGBl I 1996/304): Dort ist davon die Rede, dass die gerichtliche Entscheidung im Überprüfungsverfahren so zu fassen sei, dass sich die Bestimmtheit des Anspruchs (§ 7 EO) erkennen lasse. Wenn eine namentliche Erfassung der nicht antragstellenden Aktionäre – bei anonymen Aktionären – nicht möglich sei, erfordere die Exekutionsführung aufgrund einer solchen Entscheidung allenfalls eine Ergänzungsklage nach § 10 EO (ErlRV 32 BlgNR 20. GP, 104).

[31] Mit dem AktRÄG 2019 wurde der Wortlaut des § 225i Abs 1 Satz 3 AktG dahin geändert, dass den Aktionären für jede Aktie die gleiche Zuzahlung oder die gleiche Zahl zusätzlicher Aktien „zu gewähren“ – und nicht mehr wie in der bis dahin geltenden Fassung „zuzusprechen“ – sei. Die Materialien führen dazu aus, da in einem Verfahren zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses kein Zuspruch begehrt werde, werde eine redaktionelle Änderung des Begriffs „zusprechen“ auf den neutralen Begriff „gewähren“ vorgeschlagen (IA 910/A 26. GP, 20).

[32] § 225i Abs 1 AktG idF des AktRÄG 2019 trat am 1.8.2019 in Kraft, ist aber auf das vorliegende Verfahren nach § 262 Abs 42 AktG noch nicht anzuwenden, weil der Be-

schluss gem § 225g Abs 1 bereits vor dem 31.7.2019 (nämlich am 23. 6. 2016) gefasst wurde.

[33] Die Änderung des § 225i Abs 1 Satz 3 AktG wurde aber auch als Klarstellung der bis dahin geltenden Rechtslage aufgefasst (*Zottl/Pendl*, Die Überprüfung der Barabfindung, *GesRZ* 2019, 216 [226]). Die Klarstellung entspreche den Bedürfnissen der Praxis, weil bei börsennotierten Gesellschaften ein Handel mit sog Nachbesserungszertifikaten existiere, die den Anspruch auf eine mögliche zukünftige Zuzahlung auf Basis des Ergebnisses des Überprüfungsverfahrens verbrieften. Nach Abschluss des Verfahrens befänden sich diese Inhaberpapiere bei einer unüberschaubaren Zahl von Eigentümern, die keineswegs mit den ursprünglich ausgeschlossenen Aktionären übereinstimmten. Damit könne eine sichere Identifikation der Anspruchsberechtigten nur noch über elektronische Buchungssysteme erfolgen (*Zottl/Pendl*, *GesRZ* 2019, 226).

[34] In der *Rechtsprechung* liegt eine Stellungnahme des OGH zur Qualität des im Verfahren zur Überprüfung der Barabfindung nach § 6 Abs 2 GesAusG iVm §§ 225c ff AktG zu treffenden Ausspruchs nicht vor. Zu 6 Ob 138/19s (*GesRZ* 2020, 150 [*Zollner*]) musste zu dem von den Vorinstanzen formulierten Leistungsbefehl nicht Stellung genommen werden.

[35] 1.4. Zur Lösung des vorliegenden Falles ist zunächst davon auszugehen, dass allein dem Gesetzeswortlaut keine klare Stellungnahme zur Frage entnommen werden kann, ob im Verfahren zur Überprüfung der Barabfindung – soweit es sich um bekannte Aktionäre handelt – tunlichst ein Exekutionstitel zu schaffen ist oder nicht. Allein der Begriff des „Zusprechens“ oder des „Gewährens“ in § 225i Abs 1 Satz 3 AktG bietet bei isolierter Betrachtung keinen verlässlichen Anhaltspunkt, da man diese Bestimmung auch als bloße Anordnung einer Gleichbehandlungspflicht unabhängig vom gestellten Antrag ansehen könnte. Gegen eine isoliert auf das Wort „gewähren“ in § 225i Abs 1 Satz 3 AktG gestützte Auslegung spricht auch, dass in § 6 Abs 2 Satz 3 GesAusG von der „zugesprochenen“ barem Zuzahlung die Rede ist.

[36] Die Intention der Initiatoren des AktRÄG 2019 war offenkundig darauf gerichtet, eine Regelung zu verdeutlichen, die bereits zuvor nicht auf die Schaffung eines Exekutionstitels abzielte (IA 910/A 26. GP, 20). Die Ausführungen, dass bloß eine redaktionelle Änderung vorgenommen werde, weil im Überprüfungsverfahren ohnehin kein Zuspruch begehrt werde, stehen allerdings mit den oben dargestellten Literaturstimmen und Materialien nicht im Einklang. Aus dem Wortlaut und den Materialien zu § 225i AktG kann daher kein eindeutiges Auslegungsergebnis erzielt werden.

[37] Entscheidende Bedeutung kommt vielmehr dem *Zweck des außerstreitigen Überprüfungsverfahrens* zu.

[38] Die wesentlichen Merkmale des von § 6 Abs 2 GesAusG verwiesenen Verfahrens nach §§ 225c bis 225m AktG (mit den in § 6 Abs 2 GesAusG genannten Ausnahmen) sind in prozessualer Hinsicht die Wahrung der Interessen der nicht antragstellenden Gesellschafter durch die Bestellung eines gemeinsamen Vertreters (§ 225f AktG) und die Rechtskrafterstreckung der gerichtlichen Entscheidungen (sowie der Vergleiche) auf alle Gesellschafter (§ 225i Abs 1 AktG).

[39] Die Festsetzung einer für alle Beteiligten bindenden Abfindungshöhe soll durch das Gremialverfahren des § 225g

AktG befördert werden, indem ein sachkundiges und der Praxis nahestehendes Gremium zur Beantwortung der Bewertungsfragen vorgesehen ist. Der Gesetzgeber strebte damit eine rasche, kostengünstige und formfreie Erörterung der zentralen Bewertungsfragen an (vgl ErlRV 32 BlgNR 20. GP, 102). Dass das Gremium seit dem AktRÄG 2019 nicht mehr selbst mit der Erstattung eines Gutachtens beauftragt werden soll (vgl § 225g AktG idF des AktRÄG 2019), sondern lediglich – wie bisher – zwecks Herbeiführung eines Vergleichs einen Sachverständigen beiziehen kann (siehe im Einzelnen *Dobrowolski*, Neuerungen im Gremialverfahren nach dem AktRÄG 2019, *GesRZ* 2020, 36 [37 f]), ändert an der grundsätzlichen Zielsetzung des Gremialverfahrens nichts.

[40] Das Überprüfungsverfahren nach § 6 Abs 2 GesAusG iVm den dort verwiesenen Bestimmungen der §§ 225c ff AktG verfolgt damit insgesamt den Zweck, die Frage der Angemessenheit der Barabfindung mit Wirkung für die Gesellschaft und alle Gesellschafter zu beantworten. Der erfolgreiche Antrag führt zu einer Anpassung des Beschlussinhalts im Umfang der angemessenen Festlegung der Barabfindung (6 Ob 221/09g, Pkt 3.3.4., *GesRZ* 2010, 228 [*Ofner*] = *EvBl* 2010/92 [*Garber*]).

[41] Das Überprüfungsverfahren zielt hingegen nicht auf die individuelle Anspruchsdurchsetzung ab. Die Erörterung der individuellen Rechtsbeziehungen zwischen der Gesellschaft und den einzelnen Gesellschaftern, samt der Beurteilung allfälliger, auf die Person der jeweiligen Antragsteller abzielender Einreden liefe dem Verfahrenszweck, für alle Beteiligten rasch Klarheit über die Höhe der Barabfindung zu schaffen, zuwider.

[42] § 6 Abs 2 GesAusG ist daher dahin auszulegen, dass nur die Überprüfung der Angemessenheit der Barabfindung, nicht aber die Beurteilung individueller Ansprüche, in das außerstreitige Überprüfungsverfahren nach § 225c ff AktG verwiesen wird.

[43] Dieses Ergebnis steht im Einklang mit den Materialien zum AktRÄG 2019 (IA 910/A 26. GP) und den Erfordernissen der Praxis (vgl *Zottl/Pendl*, *GesRZ* 2019, 226).

[44] Die dargestellten Meinungen in der Literatur, wonach im Überprüfungsverfahren nach §§ 225c ff AktG tunlichst Exekutionstitel zugunsten der bekannten Gesellschafter zu schaffen sind, vermögen hingegen nicht zu überzeugen. Sie geben lediglich die in den Materialien zum EU-GesRÄG enthaltenen Ausführungen wieder, für die aber weder der Wortlaut noch der Regelungszusammenhang und die Zielsetzung des Überprüfungsverfahrens nach §§ 225c ff AktG klare Anhaltspunkte bieten.

[45] 1.5. Als *Ergebnis* ist daher festzuhalten, dass im Verfahren über die Höhe der Barabfindung des ausgeschlossenen Minderheitsgesellschafters keine individuellen, ziffernmäßig bestimmten Leistungszusprüche vorzunehmen sind.

[46] 2. *Zum Ausspruch über die Verzinsung*

[47] 2.1. Weder die gemeinsame Vertreterin noch der Antragsteller zu Pkt 17. streben in ihren Rechtsmitteln einen ziffernmäßig bestimmten Zuspruch an. Beide Revisionsrekurswerber stehen aber auf dem Standpunkt, das Rekursgericht hätte zusätzlich zu seinem Ausspruch über die pro Aktie zusätzlich zur gewährten Barabfindung zu leistende bare Zuzah-

lung über die Verzinsung der Zuzahlung nach § 2 Abs 2 Satz 2 und § 6 Abs 2 Satz 3 GesAusG sowie über die Verzugszinsen absprechen müssen.

[48] 2.2. Nach § 2 Abs 2 Satz 2 GesAusG ist die Barabfindung ab dem der Beschlussfassung durch die Gesellschafterversammlung folgenden Tag bis zur Fälligkeit mit jährlich 2 Prozentpunkten über dem jeweils geltenden Basiszinssatz zu verzinsen.

[49] Die Barabfindung ist zwei Monate nach dem Tag fällig, an dem die Eintragung des Ausschlusses gem § 10 UGB als bekannt gemacht gilt (§ 2 Abs 2 Satz 1 GesAusG), also zwei Monate nach der Veröffentlichung des Beschlusses in der Ediktsdatei (*Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 2 GesAusG Rz 28 und § 6 GesAusG Rz 25; *dies* in MünchKomm AktG⁵, § 2 GesAusG Rz 30). Der Grund für die in § 2 Abs 2 GesAusG angeordnete Verpflichtung zur Zinszahlung für einen Zeitraum vor Fälligkeit der Barabfindung liegt darin, dass es sich nicht um Verzugszinsen, sondern um einen gesetzlich standardisierten Ausgleich für die dem ausgeschlossenen Gesellschafter nicht mehr zustehenden Gewinnansprüche handelt (ErlRV 1334 BlgNR 22. GP, 28 f).

[50] Allfällige Verzugszinsen für den Fall der nicht rechtzeitigen Auszahlung der Barabfindung sind nicht von § 2 Abs 2 GesAusG erfasst. Es kommen vielmehr die gesetzlichen Verzugszinsen zur Anwendung (*Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 2 GesAusG Rz 26; *Gall/Potyka/Winner*, Squeeze-out, Rz 247; ErlRV 1334 BlgNR 22. GP, 28 f).

[51] § 6 Abs 2 Satz 3 GesAusG enthält eine parallele Gestaltung der Verzinsung des Erhöhungsbetrags (*Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 6 GesAusG Rz 25). Demnach ist für die Verzinsung zugesprochener oder aufgrund eines Vergleichs zustehender barer Zuzahlungen § 2 Abs 2 GesAusG sinngemäß anzuwenden.

[52] 2.3. Die Rechtsmittelwerber können sich für ihre Auffassung, im Überprüfungsverfahren sei ein Zinsanspruch zu treffen, nicht auf eine ausdrückliche gesetzliche Anordnung idS stützen.

[53] Auch der Zweck des Überprüfungsverfahrens bietet es nicht, über die Verzinsung der zu gewährenden Zuzahlung abzusprechen.

[54] Wie ausgeführt, dient das Überprüfungsverfahren der Klärung von Bewertungsfragen, auf deren Grundlage die Höhe der angemessenen Barabfindung mit *Erga-omnes*-Wirkung festzusetzen ist. Es ersetzt funktionell eine Anfechtung des Ausschlussbeschlusses in einem Bestandteil; der erfolgreiche Antrag führt zu einer Anpassung des Inhalts des Ausschlussbeschlusses im Punkt der angemessenen Festlegung der Barabfindung (6 Ob 221/09g).

[55] Die Verzinsung der Barabfindung und der im Überprüfungsverfahren festgelegten barer Zuzahlung ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetz (§ 2 Abs 2 Satz 2 und § 6 Abs 2 Satz 3 GesAusG). Die Verzinsung ist daher nicht Gegenstand des Verfahrens zur Überprüfung der Barabfindung (vgl *Kubis* in MünchKomm AktG⁵, § 11 SpruchG Rz 4; *Puszkajler* in Kölner Komm AktG³, § 11 SpruchG Rz 15).

[56] Der Umstand, dass es sich bei der nach § 2 Abs 2 Satz 2 GesAusG (iVm § 6 Abs 2 Satz 3 GesAusG) gebührenden Verzinsung der Barabfindung sowie der barer Zuzahlung um

einen Ausgleich dafür handelt, dass der ausgeschlossene Gesellschafter an den Unternehmenschancen nicht mehr beteiligt ist, macht die Verzinsung noch nicht zum Verfahrensgegenstand des Überprüfungsverfahrens.

[57] Aufgrund der mit § 2 Abs 2 Satz 2 GesAusG angeordneten Pauschalierung der Abgeltung des Gewinnanspruchs (vgl wiederum ErlRV 1334 BlgNR 22. GP, 28) unterliegt diese Wertanpassung der Barabfindung eben nicht der gerichtlichen Angemessenheitskontrolle.

[58] Dafür, dass auch die nach Eintritt der Fälligkeit der Barabfindung und der barer Zuzahlung gebührenden gesetzlichen Verzugszinsen Gegenstand des Überprüfungsverfahrens sein sollten, ist kein Anhaltspunkt erkennbar.

[59] Ein *Ausspruch über die Verzinsung* ist daher im Überprüfungsverfahren *nicht erforderlich*.

[60] 2.4. Beide Rechtsmittelwerber monieren, ohne Ausspruch über die Zinszahlungspflicht liefen die ausgeschlossenen Minderheitsgesellschafter Gefahr, Teile ihres Zinsanspruchs durch *Verjährung* zu verlieren. Die nach dem Überprüfungsverfahren zu gewährenden barer Zuzahlungen würden nämlich zugleich mit der vom Hauptgesellschafter gewährten Barabfindung, sohin zwei Monate nach Veröffentlichung des Gesellschafterausschlusses, fällig. Dauere das Überprüfungsverfahren mehr als drei Jahre, so könne einem Verjährungseinwand nur dann erfolgreich begegnet werden, wenn über die Zinszahlungspflicht im Überprüfungsverfahren abgesprochen werde.

[61] Diese Erwägungen treffen nicht zu.

[62] 2.4.1. Nach § 6 Abs 2 Satz 3 GesAusG ist für die Fälligkeit und die Verzinsung zugesprochener oder aufgrund eines Vergleichs zustehender barer Zuzahlungen § 2 Abs 2 GesAusG sinngemäß anzuwenden. Das bedeutet, dass die Verzinsung der vom Gericht festgesetzten Zuzahlung ab dem der Gesellschafterversammlung, in der der Ausschluss beschlossen wurde, folgenden Tag gebührt, weil bereits von Anfang an eine angemessene Barabfindung zu leisten war (vgl *Kalss* in MünchKomm AktG⁵, § 2 GesAusG Rz 29 und § 6 GesAusG Rz 25).

[63] Unterschiedliche Meinungen werden zum Zeitpunkt vertreten, bis zu dem der Zuzahlungsbetrag gem § 2 Abs 2 Satz 2 GesAusG mit Zinsen von 2 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu verzinsen ist und nach dem Zinsen in Höhe der gesetzlichen Verzugszinsen anfallen.

[64] Dazu wird einerseits – den Materialien (ErlRV 1334 BlgNR 22. GP, 31) folgend – vertreten, durch den Verweis in § 6 Abs 2 Satz 3 GesAusG werde der Fälligkeitszeitpunkt der barer Zuzahlungen mit dem Eintritt der Fälligkeit der im Ausschlussbeschluss festgelegten Barabfindung (zwei Monate nach Veröffentlichung in der Ediktsdatei; § 2 Abs 2 Satz 1 GesAusG) gleichgesetzt (*Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 6 GesAusG Rz 25; *Kalss/Zollner*, Squeeze-out [2007] § 6 GesAusG Rz 14).

[65] Von dieser Auffassung ist *Kalss* in jüngerer Zeit abgegangen. Sie vertritt nun, der Erhöhungsbetrag könne nicht vor dem Zeitpunkt der rechtskräftigen Entscheidung des Überprüfungsgerichts fällig werden, weil zuvor noch gar nicht feststehe, ob überhaupt ein Zuzahlungsanspruch bestehe (*Kalss* in MünchKomm AktG⁵, § 6 GesAusG Rz 25).

[66] Die Antragsgegnerin vertritt in ihrer Revisionsrekursbeantwortung, dass der Zinssatz des § 2 Abs 2 GesAusG von 2 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz überhaupt den Verzugszinssatz für die Abfindung des ausgeschlossenen Gesellschafters darstelle, sodass die Anwendung der allgemein-zivilrechtlichen Verzugszinsen ausgeschlossen sei.

[67] Die Auslegung des Verweises führt jedoch zum Ergebnis, dass der Zinssatz von 2 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz nur für den Zeitpunkt bis zwei Monate nach Veröffentlichung in der Ediktsdatei gilt. Dies ergibt sich aus den folgenden Erwägungen:

[68] Der Inhalt des Verweises in § 6 Abs 2 Satz 3 GesAusG besteht zunächst darin, die Anordnung der Verzinsung ab dem der Beschlussfassung folgenden Tag auch auf die im Überprüfungsverfahren ermittelten baren Zuzahlungen zu erstrecken. § 2 Abs 2 GesAusG ordnet aber auch einen Endpunkt an, bis zu dem dieser Zinssatz gilt, nämlich den Zeitpunkt der Fälligkeit der Barabfindung. Es kann kein Zweifel bestehen, dass für den darauffolgenden Zeitraum die Barabfindung im Falle der verspäteten Leistung nach (allgemeinen) Verzugszinsen zu verzinsen ist.

[69] § 6 Abs 2 Satz 3 GesAusG verweist für die Verzinsung der baren Zuzahlung uneingeschränkt, daher auch hinsichtlich des dort angeordneten Endzeitpunktes einer Verzinsung mit 2 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz sinngemäß auf § 2 Abs 2 GesAusG. Dieser Verweis kann in seinem Zusammenhang nur dahin verstanden werden, dass der in § 2 Abs 2 GesAusG definierte (Fälligkeits-)Zeitpunkt, ab dem Zinsen in Höhe des gesetzlichen Verzugszinssatzes gebühren, auch für die Verzinsung der baren Zuzahlungen maßgeblich ist.

[70] Entscheidend für das Verständnis des Verweises ist daher nicht die Frage, ob nach allgemeiner Zivilrechtsdogmatik ein in der Vergangenheit liegender Fälligkeitszeitpunkt denkbar ist. Der Verweis regelt vielmehr (lediglich) die Abgrenzung jener Zeiträume, für die die baren Zuzahlungen nach unterschiedlichen Zinssätzen zu verzinsen sind.

[71] Die Auslegung der Antragsgegnerin, wonach ein Anspruch auf Verzugszinsen für die im gerichtlichen Überprüfungsverfahren festgesetzte bare Zuzahlung schlechthin nicht über den Zinssatz von 2 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hinausgehen könnte, ist daher nach dem Wortlaut und der Systematik der (von § 225j AktG abweichenden) Regelungen des § 2 Abs 2 iVm § 6 Abs 2 GesAusG abzulehnen.

[72] Aus dem Gesetzeswortlaut im Zusammenhalt mit den Materialien (ErlRV 1334 BlgNR 22. GP, 31) ergibt sich insgesamt die gesetzgeberische Intention, die ausgeschlossenen Minderheitsaktionäre auch hinsichtlich der Verzinsung so zu stellen, als wäre ihnen von Anfang an eine Barabfindung in angemessener Höhe gewährt worden.

[73] Daher haben die ausgeschlossenen Gesellschafter auch für den *Zuzahlungsbetrag* Anspruch auf *Zinsen* in Höhe von 2 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz ab dem der Beschlussfassung durch die Gesellschafterversammlung folgenden Tag *bis zwei Monate nach dem Tag der Veröffentlichung des Beschlusses* in der Ediktsdatei.

[74] 2.4.2. Für den *darauffolgenden Zeitraum* sind Zinsen in Höhe des gesetzlichen Verzugszinssatzes geschuldet. Dazu wurde in der Literatur vertreten, dass dann, wenn der Gesellschafterausschluss ein beiderseitiges unternehmensbezogenes

Rechtsgeschäft sei, unternehmerische Zinsen (§ 456 UGB) gebühren (*Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 2 GesAusG Rz 26; *Gall/Potyka/Winner*, Squeeze-out, Rz 247). Dies sei regelmäßig der Fall, wenn der Hauptgesellschafter in einem Konzernverhältnis zur Gesellschaft stehe und ihm institutionelle Anleger als Minderheitsgesellschafter gegenüberstünden (*Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 2 GesAusG Rz 26). Hingegen spricht sich *Kalss* in jüngerer Zeit zur Wahrung des aktien- und übernahmerechtlichen Gleichbehandlungsgebots für die einheitliche Anwendung von § 1000 ABGB aus (*Kalss* in MünchKomm AktG⁵, § 6 GesAusG Rz 25).

[75] Der erkennende Senat schließt sich der letztgenannten Ansicht an. § 456 UGB setzt ein beiderseitiges Unternehmergeschäft voraus (RIS-Justiz RS0120608 [T6]; *Haberer/Zehetner* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB I⁴, § 456 Rz 10; *Dullinger* in *Artmann*, UGB I³, § 455 Rz 3). Zwar kann der Erwerb und die Veräußerung von Geschäftsanteilen als unternehmensbezogenes Geschäft zu qualifizieren sein, wenn das Geschäft zum Betrieb des Unternehmens gehört (6 Ob 126/18z). Der Anspruch des nach dem GesAusG ausgeschlossenen Gesellschafters resultiert aber nicht aus einem Erwerbsgeschäft, sondern ist der gesetzlich vorgesehene Ausgleich für die im Entzug der Geschäftsanteile liegende Eigentumsbeschränkung (vgl. VfGH G 30/2017, Pkt IV.2.2.2. und IV.2.2.4.). Der Vorgang des Gesellschafterausschlusses ist daher – auch wenn es sich beim Minderheitsgesellschafter um einen institutionellen Anleger handelt – einem beiderseitigen unternehmensbezogenen Geschäft nicht gleichzuhalten. Für die Anwendung des § 456 UGB besteht daher kein Raum. Es kommt einheitlich der Verzugszinssatz des § 1000 Abs 1 ABGB zur Anwendung.

[76] 2.5. Entgegen der Rechtsansicht der Revisionsrekurswerber führt die Auslegung, wonach die zu leistende bare Zuzahlung ab dem in § 2 Abs 2 GesAusG bezeichneten Zeitpunkt (zwei Monate nach dem Tag der Veröffentlichung der Eintragung des Ausschlussbeschlusses in der Ediktsdatei) mit Zinsen in Höhe von 4 % (§ 1000 ABGB) zu verzinsen ist, auch bei einem über drei Jahre dauernden Überprüfungsverfahren nicht zur Verjährung von Zinsansprüchen aus den im Überprüfungsverfahren festgelegten Zuzahlungen.

[77] Die Verjährungsfrist beginnt grundsätzlich zu dem Zeitpunkt zu laufen, zu dem das Recht „*zuerst hätte ausgeübt werden können*“, seiner Geltendmachung also kein rechtliches Hindernis mehr entgegensteht (RIS-Justiz RS0034343 [T2]; RS0034248 [T3]). Diese Regel gilt grundsätzlich für alle Verjährungsfristen, soweit das Gesetz davon nicht – wie etwa in § 1489 ABGB für die Verjährung von Schadenersatzansprüchen – eine Ausnahme macht (RIS-Justiz RS0034248 [T7 und T12]).

[78] Erst durch die rechtskräftige Entscheidung im Überprüfungsverfahren wird der Beschlussinhalt des Ausschlussbeschlusses hinsichtlich der Höhe der je Stückaktie (oder je Aktie zu einem bestimmten Nennwert) geschuldeten Barabfindung angepasst. Die rechtskräftige Entscheidung im Überprüfungsverfahren ist damit Voraussetzung der Geltendmachung des individuellen, ziffernmäßig bestimmten Anspruchs auf bare Zuzahlung (samt den daraus gebührenden Zinsen) durch den einzelnen ausgeschlossenen Minderheitsgesellschafter.

[79] Vor Eintritt der Rechtskraft der Entscheidung im Überprüfungsverfahren kann daher der Lauf der Verjährungsfrist für die aus der baren Zuzahlung geschuldeten Zinsen nach dem GesAusG sowie allfälliger Verzugszinsen nicht einsetzen. Die verjährungsrechtlichen Bedenken der Rechtsmittelwerberinnen machen einen Ausspruch über den Zinsenlauf in der im Überprüfungsverfahren ergehenden Entscheidung daher nicht erforderlich.

[80] Der Revisionsrekurs der gemeinsamen Vertreterin und der Revisionsrekurs des Antragstellers zu Pkt 17., soweit er einen Ausspruch über die Verzinsung anstrebt, erweisen sich daher als nicht berechtigt.

3. Zur Angemessenheit der vom Rekursgericht festgesetzten baren Zuzahlung

3.1. ...

[83] 3.2. Nach § 2 Abs 1 GesAusG hat der Hauptgesellschafter den ausscheidenden Minderheitsgesellschaftern eine „angemessene“, auf den Tag der Beschlussfassung durch die Gesellschafterversammlung abstellende Barabfindung zu gewähren. Eine gesetzliche Determinierung der Angemessenheit wurde nicht getroffen. Nach dem Willen des Gesetzgebers sollte die Ableitung, unter welchen Voraussetzungen die Abfindung angemessen ist und welche Bewertungsmethoden anzuwenden sind, aber auch die Beurteilung der Frage, ob Börsenkurse zu berücksichtigen sind, grundsätzlich der Rspr überlassen sein (ErlRV 1334 BlgNR 22. GP, 28; vgl *Kalss* in MünchKomm AktG⁵, § 2 GesAusG Rz 11).

[84] Da sich der Unternehmenswert nicht mathematisch exakt bestimmen lässt, hat das Gericht im Rahmen des Überprüfungsverfahrens die Unternehmensbewertung bzw die Angemessenheit der Barabfindung lediglich einer Plausibilitätskontrolle zu unterziehen (vgl *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 225c AktG Rz 17; *H. Foglar-Deinhardstein/Molitoris/Hartig*, Angemessene Barabfindung beim Squeeze-out: Jagd nach einer Chimäre? GesRZ 2020, 43 [49 f]).

3.3. ...

[87] 3.4. Der Antragsteller zu Pkt 17. zieht in seinem Revisionsrekurs zunächst grundsätzlich die Maßgeblichkeit des Unternehmenswerts für die Ermittlung der angemessenen Barabfindung in Zweifel; im vorliegenden Fall seien die Beteiligungen der ausgeschlossenen Gesellschafter einer „*simplen Kreditgewährung*“ gleichzuhalten, was zu einer höheren Barabfindung führe.

[88] Diese Erwägungen lassen außer Acht, dass die angemessene Barabfindung dem Ausgleich für den Verlust der Beteiligung dient (VfGH G 30/2017, Pkt IV.2.2.4.). Damit steht im Einklang, dass sich die Barabfindung grundsätzlich nach dem anteiligen Unternehmenswert des Anteilsberechtigten bemisst (*Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung², § 2 GesAusG Rz 10 mwN). Worin im Hinblick auf die Höhe der Barabfindung die Parallele zur Darlehensgewährung liegen soll, wird im Revisionsrekurs nicht dargetan. Der bloße Hinweis auf ein in erster Instanz erstattetes Vorbringen zur „*Firmengeschichte*“ ist dazu nicht ausreichend (vgl RIS-Justiz RS0043616; RS0007029).

...

4. ...

Anmerkung 1:

1. Ein Anteilseigner einer Kapitalgesellschaft, der eine Beteiligung von zumindest 90 % des Nennkapitals in seiner Hand vereinigt, gilt als Hauptgesellschafter iSv § 1 GesAusG und kann daher verlangen, dass die Anteilseignerversammlung den Ausschluss (Squeeze-out) aller übrigen Gesellschafter bzw Aktionäre aus der Gesellschaft beschließt. Mit Eintragung des Squeeze-out-Beschlusses ins Firmenbuch gehen die Anteile der Minderheit automatisch auf den Hauptgesellschafter über, der im Gegenzug den ausgeschlossenen Anteilseignern eine „angemessene Barabfindung“ iSv § 2 GesAusG schuldet.

2. Das Gesetz verbietet, eine Anfechtungsklage gegen den Squeeze-out-Beschluss auf die Behauptung zu stützen, die Barabfindung sei vom Hauptgesellschafter zu niedrig festgesetzt worden (§ 6 Abs 1 GesAusG). Vielmehr ist die Überprüfung der Angemessenheit der Barabfindung durch § 6 Abs 2 GesAusG iVm §§ 225c ff AktG in ein eigenes Nachprüfungsverfahren verwiesen, das erst nach der Firmenbucheintragung des Squeeze-outs eingeleitet werden kann. Ergibt dieses Überprüfungsverfahren, dass die ursprünglich ausgezahlte Barabfindung unangemessen niedrig war, hat der Hauptgesellschafter entsprechende Ausgleichszahlungen an die Minderheit zu leisten. „Diese Zweiteilung des Rechtsschutzes soll sowohl dem Interesse an der raschen Durchführung der Strukturentscheidung als auch dem Interesse an einer Kontrolle ... der Barabfindung Rechnung tragen ...“¹ Im Ergebnis wird damit verhindert, dass ausgeschlossene Minderheitsgesellschafter mit der Behauptung der Unangemessenheit der Barabfindung die Firmenbucheintragung des Squeeze-outs im Wege der Anfechtungsklage blockieren und so – über den Hebel der Sperrwirkung – ihre Verhinderungsmacht in bare Münze umsetzen könnten.²

3. Ein Squeeze-out nach den Bestimmungen des GesAusG ist bei börsennotierten AGs ein probates Mittel zur Herbeiführung eines Rückzugs aus der Börsennotierung in Form eines kalten Delistings: Durch die Vereinigung aller Aktien bei einem Aktionär hat die bisher notierte Gesellschaft keinen Streubesitz mehr und erfüllt daher die Kriterien für die Zulassung zum Börsehandel nicht mehr, sodass das Börseunternehmen die Notierung der Aktien der Gesellschaft durch Zulassungswiderruf in Bescheidform zu beenden hat. Auch nach der Neuregelung des Delistings durch das BörseG 2018 kann der Squeeze-out gem GesAusG weiterhin eingesetzt werden, um ein solches kaltes Delisting – ohne Notwendigkeit eines übernahmerechtlichen Delisting-Angebots – herbeizuführen.³ Ein freiwilliges Delisting gem BörseG 2018 und ÜbG und ein kaltes Delisting infolge eines Squeeze-outs haben demnach gemeinsam, dass die Aktien der betroffenen AG dem Börsehandel entzogen werden, unterscheiden sich jedoch in Hinblick auf die Aktionärszusammensetzung nach dem Delisting, weil das freiwillige Delisting – anders als der Squeeze-out – nicht zu einem Ausschluss der Minderheitsaktionäre führt.⁴

4. Hinsichtlich des gesellschaftsrechtlichen Squeeze-outs gem §§ 1 ff GesAusG kann der Gesellschaftsvertrag bzw die Satzung vorsehen, dass ein Gesellschafterausschluss nicht zulässig ist oder dass dem Hauptgesellschafter eine höhere als die gesetzlich vorgesehene Anteilsquote gehören muss (§ 1 Abs 4 GesAusG). Demgegenüber

¹ OGH 12.5.2021, 6 Ob 246/20z, Rn 21; zum rechtsökonomischen Zweck der Trennung von Anfechtungs- und Nachprüfungsverfahren *H. Foglar-Deinhardstein*, Ein neuer Ernstlichkeitsfilter beim Squeeze-out, GES 2018, 14 (15).

² Freilich kann die Minderheit auch im Nachprüfungsverfahren immer noch einen gehörigen Lästigkeitswert mobilisieren; vgl *H. Foglar-Deinhardstein*, GES 2018, 15 f; *Zottl/Pendl*, Die Überprüfung der Barabfindung, GesRZ 2019, 216 (217 f und 220 f).

³ *Kalss* in MünchKomm AktG⁵, § 1 GesAusG Rz 4; *Diregger/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/U. Torggler/Winner*, BörseG – MAR (2019) § 38 BörseG Rz 134; *Wolfbauer* in *Gruber*, BörseG 2018 – MAR (2020) § 38 BörseG Rz 56; *H. Foglar-Deinhardstein/Feldscher* in *Adensamer/Mitterecker*, Gesellschafterstreit (2021) Rz 11/141; vgl auch OGH 23.6.2017, 6 Ob 221/16t, GesRZ 2017, 323 (*Nicolussi*) = ZFR 2017/188 (*Winner*) = ÖBA 2017, 629 (*Diregger/Edelmann*) = ecolex 2017/364 (*Reich-Rohrwig*); 23.4.2020, 6 Ob 56/20h, GesRZ 2020, 356 (*H. Foglar-Deinhardstein*); *H. Foglar-Deinhardstein*, Wurde das kalte Delisting kaltgestellt? NZ 2017, 321.

⁴ *H. Foglar-Deinhardstein/Feldscher* in *Adensamer/Mitterecker*, Gesellschafterstreit, Rz 11/141.

sind die Regelungen des § 7 GesAusG zum übernahmerechtlichen Squeeze-out (der aber nur für Gesellschaften im Anwendungsbereich des ÜbG offensteht) gesetzlich zwingend und können von der Satzung weder abbedungen noch adaptiert werden.⁵ Umgekehrt können aber privatautonom statutarische Squeeze-out-Befugnisse kreiert werden, die nicht an die Vorgaben des GesAusG gebunden sind: So ist es bei der GmbH nach umstrittener, aber uE richtiger Ansicht zulässig, im Gesellschaftsvertrag Ausschlussrechte festzulegen, deren Ausübung keinen wichtigen Grund voraussetzt und auch nicht notwendigerweise an das Vorliegen einer 90 %-Beteiligung geknüpft sein muss. Die Zulässigkeit solcher Hinauskündigungsklauseln folgt aus dem Grundsatz der Privatautonomie, den Wertungen des § 52 Abs 3 GmbHG und der allgemein anerkannten Zulässigkeit von Stimmbindungs- und *Call-option*-Vereinbarungen.⁶ Auch bei nicht börsennotierten Namensaktien einer AG spricht uE nichts gegen Klauseln in der Satzung, die eine grundlose Hinauskündigung auch außerhalb der Voraussetzungen des GesAusG ermöglichen,⁷ etwa in Form von Auslosungsklauseln,⁸ die den Aktionär unter bestimmten Umständen zur Übertragung seiner Aktien an einen Dritten oder an die Gesellschaft verpflichten. Die Satzungsstrenge steht dem nicht entgegen, weil sie zum einen das GesAusG wohl gar nicht erfasst⁹ und zum anderen nach zustimmungswürdiger OGH-Rspr auf nicht börsennotierte Aktien nur in abgemilderter Form anwendbar ist.¹⁰ Dass das AktG selbst in § 192 die Möglichkeit des – auch grundlosen – selektiven Ausschlusses eines Aktionärs vorsieht,¹¹ spricht wertungsmäßig nicht gegen, sondern grundsätzlich für die Zulässigkeit von Satzungsregelungen, die aus ähnlichem Holz geschnitzt sind.¹²

5. Die vorliegende Entscheidung ist seit Inkrafttreten des GesAusG im Jahr 2006 – nach der Entscheidung vom 24.10.2019, 6 Ob 138/19s¹³ – erst der zweite Fall, in dem der OGH nach dem Squeeze-out bei einer börsennotierten Gesellschaft das zugehörige Nachprüfungsverfahren rechtskräftig beenden konnte. Alle übrigen derartigen Verfahren sind entweder überhaupt noch anhängig oder endeten durch einen Generalvergleich. Vor diesem Hintergrund verwundert es nicht, dass der OGH erst jetzt ganz grundlegende Fragen zu Nach-

zahlungen auf die Barabfindung und zum Überprüfungsverfahren klären konnte.

6. Der gegenständliche Beschluss des 6. Senats bezieht sich auf den Squeeze-out der BEKO Holding AG. Da das OLG Wien als Instanzgericht der Überprüfung der Barabfindung aus diesem Squeeze-out bereits eine sehr umfangreiche, detaillierte und qualitativ dichte Entscheidung gewidmet hatte,¹⁴ konnte sich das Höchstgericht nunmehr auf die Beantwortung einiger fundamentaler Fragen beschränken. Die Ansichten des 6. Senats sind dabei uE durchwegs gut nachvollziehbar und überzeugend begründet, wobei uE freilich zur Frage der Bewertung von Beteiligungen eine differenziertere Sicht zu bevorzugen wäre.¹⁵

7. Allgemein bestätigt der OGH die ganz hA,¹⁶ dass sich – jedenfalls bei der AG – die angemessene Barabfindung grundsätzlich nach dem anteiligen Unternehmenswert bemisst, der auf die Beteiligung des ausgeschlossenen Anteilseigners entfällt.¹⁷ Zur Ermittlung der angemessenen Barabfindung ist daher zunächst – iS einer abgeleiteten (indirekten) Anteilsbewertung – der Gesamtwert des Unternehmens der Gesellschaft zu bestimmen, der sich als (auf den Bewertungsstichtag abgezinst) Kapitalwert der zukünftigen finanziellen Nutzenzuflüsse, die aus dem Unternehmen (bei Berücksichtigung des Zusammenwirkens der einzelnen Vermögenswerte abzüglich der Schulden) zu erwarten sind, definiert; dieser Unternehmenswert muss dann quotal auf die von den auszuschließenden Gesellschaftern gehaltenen Anteile aufgeteilt werden.¹⁸ Die Berücksichtigung von Sonderrechten (§ 2 Abs 1 GesAusG) und die Differenzierung nach allfälligen Anteilsgattungen erfolgt dadurch, dass der Unternehmenswert differenziert, nämlich durch Zu- und Abschläge gewichtet, auf die unterschiedlich gestalteten Anteile aufgeteilt wird.¹⁹ Die gegenständliche Entscheidung bezieht sich auf eine AG; bei einer GmbH wäre daher uE eine direkte Anteilsbewertung nach wie vor zulässig.²⁰

8. Da sich der Unternehmenswert nicht mathematisch exakt bestimmen lässt, beschränkt sich die gerichtliche Tätigkeit im Überprüfungsverfahren, wie der 6. Senat hervorstreicht, auf die Kontrolle der Plausibilität der Unternehmensbewertung und der daraus abgeleiteten Angemessenheit der Barabfindung.²¹ Dieser lapidare Rechtssatz, mit dem das Höchstgericht den Zweck des Nachprüfungsverfahrens auf eine Plausibilitätskontrolle zurückführt, ist besonders hellsichtig: Im Nachprüfungsverfahren kann und darf es nämlich uE nie um die Ermittlung des „richtigen“ Unternehmenswerts als Selbstzweck und um jeden Preis gehen. Jede Unternehmensbewertung beruht auf einer Vielzahl von Faktoren, die sich wiederum aus methodisch erforderlichen Prognosen, Annahmen und Vereinfachungen ergeben. Jegliche Änderung auch nur einzelner dieser Faktoren kann zu einem (möglicherweise sogar beträchtlich) geänderten Ergebnis führen. Daher ist es methodisch und mathe-

⁵ *Kalss* in MünchKomm AktG⁵, § 7 GesAusG Rz 5.

⁶ Für die Zulässigkeit von Hinauskündigungsklauseln ohne Abhängigkeit vom Vorliegen eines wichtigen Grundes (bei der GmbH) *Kalss* in MünchKomm AktG⁵, Vor § 1 GesAusG Rz 14; *Gall/Potyka/Winner*, Squeeze-out (2006) Rz 508 ff; *Kalss/Eckert*, Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht, in *Kodek/Konecny*, Insolvenz-Forum 2007 (2008) 65 (93); *U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG (2014) § 4 Rz 10; *Leupold* in *U. Torggler*, GmbHG, Anh § 84 Rz 14; *Harrer* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² (2018) §§ 49, 50 Rz 30 f; *Lindinger*, Die Irrungen des Damokles, JBl 2014, 137; *Heckschen/Weitbrecht*, Die Kontrolle des Gesellschafterkreises, NZG 2021, 709 (714 ff); *H. Foglar-Deinhardstein/Feldscher* in *Adensamer/Mitterecker*, Gesellschafterstreit, Rz 11/64; gegen die Zulässigkeit *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ (2007) Anh § 71 Rz 15; *Brugger/Schopper* in *Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG, § 72 Rz 56/8; *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht (2009) 644 und 676; *Artmann*, Abfindungsklauseln im Gesellschaftsvertrag, in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Unternehmensbewertung und Gesellschaftsrecht (2014) 77 (93 ff und 99 f); *A. Weber* in *Adensamer/Mitterecker*, Gesellschaftsrecht, Rz 13/37; offen OGH 30.7.2007, 2 Ob 284/05m; *Rauter* in *Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG, § 75 Rz 129; implizit für die Zulässigkeit einer Quasi-Hinauskündigungsklausel OGH 25.9.2003, 2 Ob 189/01k, ecolex 2004/57 (*Reich-Rohrwig*); 25.11.2020, 6 Ob 96/20s.

⁷ Tendenziell in diese Richtung schon *E. Gruber/H. Foglar-Deinhardstein*, Satzungsstrenge und neue Spielräume für „autonome“ Satzungsbestimmungen, GesRZ 2014, 73 (79 f); *H. Foglar-Deinhardstein/Feldscher* in *Adensamer/Mitterecker*, Gesellschafterstreit, Rz 11/65; aA *Gall/Potyka/Winner*, Squeeze-out, Rz 504; *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht, 698 ff.

⁸ Vgl *Hüffer/Koch*, AktG¹⁵ (2021) § 237 Rz 2.

⁹ So auch *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht, 700 f und 707; aA *Gall/Potyka/Winner*, Squeeze-out, Rz 504.

¹⁰ OGH 8.5.2013, 6 Ob 28/13f, GesRZ 2013, 212 (*Schopper*) = RWZ 2013/72 (*Wenger*); dazu *Kalss/Winner*, Ausgewählte gesellschaftsrechtliche Judikatur in Österreich und Deutschland im vergangenen Arbeitsjahr, GesRZ 2013, 189 (189 f); *Edelmann*, Statutarische Vorkaufsrechte bei nicht börsennotierten AG, ecolex 2013, 706; *Schörghofer/R. Gruber*, OGH zur Satzungsstrenge bei nicht börsennotierten AG, ecolex 2013, 798; *Birnbauer*, Satzungsänderung einer Aktiengesellschaft, GES 2013, 356; *Kalss/Fleischer*, Neues zur Lockerung der Satzungsstrenge bei nicht börsennotierten Aktiengesellschaften, AG 2013, 693; *E. Gruber/H. Foglar-Deinhardstein*, GesRZ 2014, 73 ff; *Brugger*, Aktuelles zur Satzungsstrenge nach OGH 6 Ob 28/13f, NZ 2014, 145.

¹¹ Vgl *H. Foglar-Deinhardstein/Feldscher* in *Adensamer/Mitterecker*, Gesellschafterstreit, Rz 11/65.

¹² So auch *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht, 708 f; vgl auch *Hüffer/Koch*, AktG¹⁵, § 237 Rz 2.

¹³ GesRZ 2020, 150 (*Zollner*); dazu *H. Foglar-Deinhardstein/Molitoris/Hartig*, Angemessene Barabfindung beim Squeeze-out: Jagd nach einer Chimäre? GesRZ 2020, 43.

¹⁴ OLG Wien 1.10.2020, 6 R 78/20i ua; dazu *H. Foglar-Deinhardstein/Aichinger*, Angemessene Barabfindung beim Squeeze-out: OLG Wien fasst heiße Eisen an, GesRZ 2021, 74.

¹⁵ Siehe dazu noch Pkt 12. der vorliegenden Entscheidungsanmerkung.

¹⁶ KFS/BW 1, Rz 149; *Kalss* in MünchKomm AktG⁵, § 2 GesAusG Rz 12; *Fleischer*, Unternehmensbewertung bei aktienrechtlichen Abfindungsansprüchen, AG 2014, 97 (99 und 109); *Kalss*, Europarechtliche und verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen für das Umwandlungsrecht, JBl 1995, 420 (437); *Aschauer/Schiebel*, Zur Rolle des Börsenkurses beim Gesellschafterausschluss, RWZ 2009, 308; *Zottl/Pendl*, GesRZ 2019, 222; *H. Foglar-Deinhardstein*, NZ 2018, 215 (216 f); *H. Foglar-Deinhardstein/Molitoris/Hartig*, GesRZ 2020, 43 f FN 9.

¹⁷ OGH 12.5.2021, 6 Ob 246/20z, Rn 88; aA zu einem Beherrschungsvertrag OLG Frankfurt 26.4.2021, 21 W 139/19, NZG 2021, 979; Angemessener Ausgleich kann anhand des Börsenkurses der beherrschten Gesellschaft bestimmt werden.

¹⁸ Vgl *Kalss* in MünchKomm AktG⁵, § 2 GesAusG Rz 12 und 28; *Gall/Potyka/Winner*, Squeeze-out, Rz 205 und 209; *Winner*, Wert und Preis im Zivilrecht (2007) 461; *Mollnhuber*, Umtauschverhältnis und Unternehmensbewertung bei der Verschmelzung (2017) 59 und 549; *Hügel/Aschauer*, Pflichtteilsrecht und Unternehmensbewertung bei der Gründung von Unternehmensstiftungen, in *P. Barth/U. Pesendorfer*, Praxishandbuch des neuen Erbrechts (2016) 227 (270 f und 274 f).

¹⁹ *H. Foglar-Deinhardstein/Feldscher* in *Adensamer/Mitterecker*, Gesellschafterstreit, Rz 11/152.

²⁰ Zur Unterscheidung zwischen indirekter und direkter Anteilsbewertung *H. Foglar-Deinhardstein*, NZ 2018, 216 f.

²¹ OGH 12.5.2021, 6 Ob 246/20z, Rn 84, unter Verweis auf *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung² (2010) § 225c AktG Rz 17; *H. Foglar-Deinhardstein/Molitoris/Hartig*, GesRZ 2020, 49 f.

matisch selbstverständlich, dass von der erneuten Begutachtung eines Unternehmenswerts durch einen anderen Sachverständigen nicht die exakte Reproduktion der Werte eines früheren Gutachtens erwartet werden kann. Wäre dies verlangt, könnte das Überprüfungsverfahren nie zu einem Ergebnis führen, weil jedes noch so sorgfältig erstellte Bewertungsgutachten in einer Endlosschleife immer wieder durch ein weiteres – genauso *lege artis* vorbereitetes – Gutachten widerlegbar wäre. Fördert daher die Plausibilitätskontrolle im Nachprüfungsverfahren lediglich marginale Differenzen innerhalb der Messtoleranz zutage,²² spricht dies bei richtiger Interpretation für und nicht gegen die Angemessenheit der ursprünglich festgesetzten Barabfindung.²³ Ohnedies liefert eine Unternehmensbewertung nie einen exakten Wert, sondern immer eine Bandbreite. Jeder Wert innerhalb einer solchen Bandbreite (auch am Rand) ist idR als angemessen zu erachten. Ein Durchschnittswert kann zwar aus rechnerischen Gründen oder im Hinblick darauf, dass beim Squeeze-out eben letztlich ein exakter Geldbetrag als Barabfindung festzulegen ist, ermittelt werden, ist aber nicht mit dem einzig richtigen Ergebnis zu verwechseln.²⁴

9. Anders als noch das OLG Wien in seiner Rekursentscheidung greift der OGH gegenständlich nicht das von Teilen der Literatur aus der Rspr des deutschen BVerfG rezipierte Postulat auf, wonach der Börsenkurs idR eine Untergrenze für die angemessene Barabfindung sei. Dies ist insofern zu begrüßen, als es uE im österreichischen Recht weder verfassungsrechtlich erforderlich noch gesellschaftsrechtlich passend ist, den Börsenkurs als absolute Untergrenze für die Barabfindung beim Squeeze-out anzunehmen.²⁵ Freilich ist der Börsenkurs ein bedeutsamer Wertindikator, der zur Plausibilisierung des anteiligen Unternehmenswerts heranzuziehen ist;²⁶ er bildet aber kein starres Minimum für die Barabfindung.

10. Nach hL ist in der Entscheidung im Überprüfungsverfahren – unter der Annahme, dass die ursprünglich festgesetzte Barabfindung zu niedrig war – ein exequierbarer Leistungstitel über die offene Ausgleichszahlung zu schaffen. Dieser Ansicht sind zunächst auch die Handelsgerichte in ihrer Entscheidungspraxis gefolgt und haben in den Überprüfungsverfahren – für die ausgeschlossenen Anteilseigner erfreulich – jeweils Leistungsbefehle formuliert.²⁷ Wie der OGH aber nun korrigierend herausarbeitet, wird damit der Zweck des Nachprüfungsverfahrens (insb die Schaffung rascher Klarheit für alle Beteiligten) überreizt. So wäre es ja etwa denkbar, dass dem Nachzahlungsanspruch eines ausgeschlossenen Minderheitsgesellschafters aufrechenbare Gegenforderungen des Hauptgesellschafters gegenüberstehen; eine entsprechende Aufrechnungseinrede kann aber im Überprüfungsverfahren nicht geführt werden. Dazu kommt, dass bei Squeeze-outs börsennotierter AGs die Nachzahlungsansprüche üblicherweise durch ein Anspruchszertifikat in Form einer Sammelurkunde verbrieft, sodann – mit einer eigenen ISIN versehen – auf den Wertpapierdepots der ausgeschlossenen Aktionäre eingebucht und in weiterer Folge außerbörslich gehandelt werden.²⁸ Dadurch können Verfahrensbeteiligte und Anspruchsberechtigte auseinanderfallen. Schließlich gibt es bei Squeeze-outs börsennotierter Gesellschaften zumeist eine große Anzahl von ausgeschlossenen Minderheitsgesellschaftern, die im Überprü-

fungsverfahren passiv bleiben, prozessual durch den gerichtlich bestellten gemeinsamen Vertreter repräsentiert werden, aber der Gesellschaft, dem Gericht und auch dem gemeinsamen Vertreter gänzlich unbekannt sind. Insgesamt ist somit eine sichere Identifikation der Anspruchsberechtigten für das Gericht gar nicht mehr möglich.²⁹ Aus all diesen Gründen können im Nachprüfungsverfahren Exekutionstitel nicht sinnvoll geschaffen werden und eine allenfalls zustehende Nachzahlung ist daher bei Nichtleistung von jedem Berechtigten individuell einzuklagen. Demgegenüber ersetzt das Überprüfungsverfahren funktionell lediglich eine Anfechtung des Squeeze-out-Beschlusses in einem Bestandteil,³⁰ der erfolgreiche Antrag im Überprüfungsverfahren führt daher nur zu „einer Anpassung des [Squeeze-out-]Beschlussinhalts im Umfang der angemessenen Festlegung der Barabfindung“.³¹ Individuelle Leistungszusprüche sind im Nachprüfungsverfahren somit nicht vorzunehmen. Die rechtskräftige Entscheidung im Überprüfungsverfahren ist aber „Voraussetzung der Geltendmachung des individuellen, ziffernmäßig bestimmten Anspruchs auf bare Zuzahlung (samt den daraus gebührenden Zinsen) durch den einzelnen ausgeschlossenen Minderheitsgesellschaftler.“³²

11. Daraus folgert der OGH weiters, dass im Überprüfungsverfahren auch kein Platz für einen Ausspruch über die Verzinsung der Nachzahlungen ist. Die Höhe dieser Zinsen ergibt sich nämlich unmittelbar aus dem Gesetz, weshalb sie – anders als die Barabfindung – einer Nachprüfung in einem Außerstreitverfahren gar nicht zugänglich ist. Der 6. Senat nützt in der gegenständlichen Entscheidung aber dennoch die Gelegenheit, die richtige Berechnung der Zinsen klar darzustellen (zumal sich auch die Vorinstanzen diesbezüglich geäußert haben): Die Nachzahlungen sind gem § 6 Abs 2 Satz 3 iVm § 2 Abs 2 GesAusG ab dem der Anteilseignerversammlung, die den Squeeze-out beschlossen hat, folgenden Tag mit 2 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu verzinsen. Diese Verzinsung läuft bis zwei Monate nach Veröffentlichung der Firmenbucheintragung des Squeeze-outs in der Ediktsdatei; danach stehen allgemeine Verzugszinsen zu. Zu Recht hält der OGH – in Abweichung von der Ansicht des OLG Wien – fest, dass für die Verzugszinsen einheitlich der Zinssatz des § 1000 Abs 1 ABGB zur Anwendung kommt. § 456 UGB, der bei beiderseitig unternehmensbezogenen Geschäften einen höheren Verzugszinssatz anordnet, spielt schon deswegen keine Rolle, weil der Abfindungsanspruch gem GesAusG nicht aus einem Erwerbsgeschäft resultiert, sondern der gesetzliche Ausgleich für den Entzug der Anteile ist. Dieser Klarstellung durch den OGH ist aus einer Reihe rechtsdogmatischer und -praktischer Gründe, die bereits an anderer Stelle ausgeführt wurden, zuzustimmen.³³

12. Eine Besonderheit der Bewertung der BEKO Holding AG bestand darin, dass es sich bei ihr zum Zeitpunkt des Squeeze-outs um eine Holding-Gesellschaft handelte, wobei ein erheblicher Anteil des Konzernvermögens auf Finanzvermögen entfiel. Der wesentlichste Vermögenswert war eine 11,58 %-Beteiligung an einer deutschen – ebenfalls börsennotierten – AG. Diese Beteiligung wurde vom Erstgericht nicht als strategische Beteiligung, sondern als nicht betriebsnotwendiges Vermögen qualifiziert. Nach den Bewertungsregeln des Fachgutachtens KFS/BW 1³⁴ ist nicht betriebsnotwendiges Vermögen gesondert zu bewerten und zum Barwert künftiger finanzieller Überschüsse aus dem Unternehmen zu addieren. Während also das betriebsnotwendige Vermögen einer Gesamtbewertung unterzogen wird, ist das nicht betriebsnotwendige Vermögen in einer Einzelbewertung zum Barwert der daraus resultierenden

²² Zu Vorschlägen für die Ausmessung der Schwankungsbreite (Erheblichkeitsschwelle) H. Foglar-Deinhardstein/Molitoris/Hartig, GesRZ 2020, 49 f; H. Foglar-Deinhardstein/Feldscher in Adensamer/Mitterecker, Gesellschaftertreit, Rz 11/255.

²³ H. Foglar-Deinhardstein, GesRZ 2020, 362 (364).

²⁴ H. Foglar-Deinhardstein, GesRZ 2020, 364; vgl auch Reich-Rohrwig, Unzulässige Einlagenrückgewähr im Spiegel der Rechtsprechung 2003 bis 2013, ecocex 2013, 940 (948 f).

²⁵ Ausführlich H. Foglar-Deinhardstein/Aichinger, GesRZ 2021, 76 ff und 82.

²⁶ H. Foglar-Deinhardstein/Aichinger, GesRZ 2021, 76, 79 und 82; vgl auch KFS/BW 1, Rz 17 und 150; FAUB des IDW, Zur Bedeutung des Börsenkurses für die Abfindungsbemessung aus Sicht der wirtschaftswissenschaftlichen Theorie und Praxis, WPg 2021, 958; Kalls, Anlegerinteressen (2001) 519; aA Gall/Potyka/Wimmer, Squeeze-out, Rz 231; A. Burger, Gleichbehandlung und Squeeze-out-Abfindung zum Börsenkurs, RdW 2012, 393 (397 ff); ders, Keine angemessene Abfindung durch Börsenkurse bei Squeeze-out, NZG 2012, 281 (285 ff und 289).

²⁷ LG Wels 14.1.2019, 29 Fr 4497/15k (zum Squeeze-out der Miba AG); LG Krems an der Donau 16.1.2020, 10 Fr 183/16p (zum Squeeze-out der BEKO Holding AG); LG Wels 31.12.2020, 35 Fr 954/17m (zum Squeeze-out der BWT AG); HG Wien 9.6.2021, 74 Fr 2598/18w (zum Squeeze-out der biolitec AG).

²⁸ Vgl H. Foglar-Deinhardstein, GesRZ 2017, 54 (55 FN 2); Zottl/Pendl, GesRZ 2019, 226.

²⁹ OGH 12.5.2021, 6 Ob 246/20z, Rn 33.

³⁰ OGH 12.5.2021, 6 Ob 246/20z, Rn 51.

³¹ OGH 12.5.2021, 6 Ob 246/20z, Rn 40 und 51.

³² OGH 12.5.2021, 6 Ob 246/20z, Rn 78. Die Geltendmachung von Ansprüchen im Nachprüfungsverfahren wäre idR auch Voraussetzung dafür, Schadenersatzansprüche gegen die Organwalter der Zielgesellschaft oder den Hauptgesellschafter verfolgen zu können; vgl H. Foglar-Deinhardstein/Hartig in Kalls/Frotz/Schörghofer, Handbuch für den Vorstand (2017) § 31 Rz 303.

³³ H. Foglar-Deinhardstein/Aichinger, GesRZ 2021, 80 f.

³⁴ Fachgutachten des Fachsenats für Betriebswirtschaft und Organisation der Kammer der Wirtschaftstreuhänder zur Unternehmensbewertung vom 26.3.2014, online abrufbar unter http://www.kwt.or.at/PortalData/1/Resources/fachgutachten/KFSBW1_15052014_RE.pdf.

zukünftigen Nettozuflüsse anzusetzen, wobei der Liquidationswert des nicht betriebsnotwendigen Vermögens die Untergrenze bildet. Für die Bewertung des gegenständlichen Aktienpakets zog das OLG Wien einen volumengewichteten Durchschnittsbörsenkurs von sechs Monaten heran. Dies wurde vom OGH in der vorliegenden Entscheidung nicht beanstandet. Die Heranziehung eines Durchschnittsbörsenkurses für die Bewertung von Aktien im nicht betriebsnotwendigen Vermögen ist grundsätzlich nachvollziehbar, zumal § 26 ÜBG eine derartige Durchschnittsbetrachtung nahelegt.³⁵ Offen bleibt aber einerseits, warum bei einem 11,58 %-Aktienpaket nur der Börsenkurs und kein Paketzuschlag anzusetzen ist, und andererseits, wie eine rein vermögensverwaltende Holding-Gesellschaft Anteilspakete als nicht betriebsnotwendiges Vermögen halten kann und ob nicht bei einer solchen Finanzholding – anders als bei einer Konzernholding – jedes (größere) Anteilspaket als betriebsnotwendig zu gelten hätte. UE wäre bei für die Gesellschaft wesentlichen Aktienpaketen jedenfalls auch eine (anteilige) Unternehmensbewertung der Beteiligung vorzunehmen und ein etwaiger Paketzuschlag zu berücksichtigen.³⁶

13. Insgesamt hat der OGH durch die vorliegende Entscheidung wichtige Fragen zur Überprüfung der Angemessenheit der Barabfindung beim Squeeze-out geklärt. Das Gremium gem § 225g AktG konnte im gegenständlichen Verfahren – aufgrund der Übergangsbestimmungen – die ihm vom AktRAG 2019³⁷ genommene Befugnis zur Gutachtenserstattung noch nützen. Abschließend darf daher als *ceterum censeo* der rechtspolitische Appell an den Gesetzgeber nicht fehlen, dem Gremium diese gutachterliche Kompetenz zurückzugeben.³⁸

Heinrich Foglar-Deinhardstein / Christian Aichinger

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

Anmerkung 2:

Diese kürzlich ergangene Entscheidung des OGH, die erstmals zu einigen zentralen Fragen des Überprüfungsverfahrens Stellung nimmt, ist aus unserer Sicht zu einem überwiegenden Teil abzulehnen. Sie stützt sich nämlich wesentlich auf die lobbyistischen Meinungen der Hauptaktionärsvertreter und missachtet dabei sowohl die Interessen des Kapitalmarktes als auch jene der funktionierenden Justiz.

Der OGH setzt sich zunächst in dieser Entscheidung damit auseinander, ob der Spruch des das Überprüfungsverfahren beendenden Beschlusses ein Exekutionstitel sein muss und kommt entgegen der hM (*Gall/Potyka/Winner, Squeeze-out* [2006] Rz 244; *Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung*² [2010] § 225i AktG Rz 6; *dies in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG*² [2012] § 225i Rz 5; *Szep in Artmann/Karollus, AktG*⁶ [2019] § 225i Rz 12), den Gesetzesmaterialien (ErlRV 32 BlgNR 20. GP, 104) und der bisher geübten Praxis zum Schluss, dass im Überprüfungsverfahren keine individuellen, ziffernmäßig bestimmten Leistungszusprüche, somit keine Exekutionstitel zu schaffen seien. Der OGH begründet dies weitgehend unter Verweis auf das deutsche SpruchG und dessen § 16, übersieht aber, dass im österreichischen AktG oder im GesAusG eine Parallelbestimmung zu § 16 SpruchG gerade nicht existiert. § 16 SpruchG normiert nicht nur, dass Leistungsklagen auf Zahlung des im Spruchverfahren bestimmten Ausgleichs (bzw – nach österreichischer Terminologie – der „baren Zuzahlung“) einzubringen sind (sofern der Ausgleich nicht freiwillig bezahlt wird), sondern legt vor allem die Zuständigkeit für solche Klagen fest und überträgt diese Zuständigkeit sinnvollerweise jenem Gericht erster Instanz, das für das Überprüfungsverfahren zuständig war. Da eine derartige

Bestimmung in Österreich aber fehlt, ist wohl für Leistungsklagen nach einem Überprüfungsverfahren der allgemeine Gerichtsstand des Hauptaktionärs, der ja die bare Zuzahlung samt Zinsen zu zahlen hat, anzuwenden. Dies bedeutet, dass dann, wenn der Hauptaktionär keine (natürliche oder juristische) Person mit (Wohn-)Sitz in Österreich ist, es für Leistungsklagen nach einem in Österreich durchgeführten Überprüfungsverfahren keinen Gerichtsstand in Österreich für derartige, vom OGH nun unverständlicherweise für notwendig erachtete Leistungsklagen gibt. *De facto* macht dies Überprüfungsverfahren zukünftig nahezu sinnlos, denn gerade Kleinaktionäre werden es sich sehr gut überlegen, Leistungsklagen im Ausland in einer ihnen fremden Jurisdiktion einzubringen. Dies gilt schon innerhalb der EU, aber man möge sich vorstellen, dass der Hauptaktionär seinen Sitz zB in China, in den Vereinigten Arabischen Emiraten, in Panama oder auf den British Virgin Islands hat. Realistischerweise werden es sich nur Fonds leisten können, in derartigen Ländern Klage einzubringen. Innerhalb der EU wird auch Art 24 Z 2 EuGVVO 2012 (Verordnung [EU] Nr 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl L 351 vom 20.12.2012, S 1) – anders als für das Überprüfungsverfahren selbst (vgl dazu OGH 18.2.2010, 6 Ob 221/09g) – keine Abhilfe schaffen, da eine Leistungsklage auf Zahlung der baren Zuzahlung samt Zinsen wohl kein Verfahren ist, das die Gültigkeit eines Beschlusses der Gesellschaft zum Gegenstand hat. Dass der OGH – ohne dogmatische Notwendigkeit und gegen die Gesetzesmaterialien und hL – den fehlenden Gerichtsstand für derartige Leistungsklagen in Österreich nicht bedacht oder unter Umständen sogar bewusst in Kauf genommen hat, ist nicht nur vollkommen unverständlich, sondern fügt dem österreichischen Kapitalmarkt einen offenkundigen Schaden zu. Die Entscheidung bewirkt nämlich, dass die Mehrzahl der Überprüfungsverfahren künftig zahllos wird. Denn in der Mehrheit der Fälle sind die Hauptaktionäre in den Überprüfungsverfahren Gesellschaften mit Sitz im Ausland, die infolge der OGH-Entscheidung im Ausland geklagt werden müssen, um eine Auszahlung der im Überprüfungsverfahren festgelegten baren Zuzahlung samt Zinsen und Verzugszinsen durchzusetzen. Aber selbst dann, wenn die Klagen im Inland zu führen sind, werden viele nicht institutionelle Anleger die zeitlichen und finanziellen Investitionen scheuen, die solche Verfahren erfordern. War es wirklich die Intention des OGH, dem ohnehin nicht sehr starken Kapitalmarkt in Österreich durch die Entscheidung einen besonders kräftigen Stoß zu versetzen?

Selbst wenn es einen Gerichtsstand in Österreich gegen den Hauptaktionär geben sollte, ist es unverständlich, warum der OGH ohne Not die Justiz, die ohnehin immer von „chronischer Überlastung“ spricht, mit hunderten, wenn nicht gar tausenden Verfahren nach einem Überprüfungsverfahren zusätzlich belastet. Auch wenn diese Verfahren wohl in aller Regel keinen allzu großen Verfahrensaufwand verursachen werden, so ist doch zu erwarten, dass der Hauptaktionär zumindest die aktive Klagslegitimation des jeweils klagenden Aktionärs oder andere Formalitäten bestreiten wird, so dass nicht nur für jeden einzelnen Kläger, sondern auch auf die Gerichte nach jedem Überprüfungsverfahren ein enormer weiterer Aufwand zukommen wird, der nicht notwendig gewesen wäre, hätte der OGH richtigerweise erkannt, dass § 16 SpruchG keine Parallelbestimmung in Österreich hat und damit die hM und auch die Gesetzesmaterialien vollkommen zu Recht davon ausgehen, dass ein Überprüfungsverfahren mit einem Exekutionstitel für die Aktionäre gegenüber dem Hauptaktionär endet. Schließlich ordnet das AußStrG ja selbst in § 80 an, dass Entscheidungen in Verfahren nach dem AußStrG nach der EO zu vollstrecken sind. Welchen Sinn hätte eine derartige Bestimmung, wenn nicht auch und gerade in Überprüfungsverfahren der Spruch einen Exekutionstitel darstellen würde?

In Wahrheit missinterpretiert die Entscheidung den Zweck des Überprüfungsverfahrens und macht somit vor allem die Rolle des gemeinsamen Vertreters (der gerade dem rational handelnden Kleinanleger ermöglichen soll, sich nicht persönlich am Verfahren zu beteiligen) weitgehend obsolet. Der gemeinsame Vertreter mag

³⁵ Differenzierend H. Foglar-Deinhardstein/Aichinger, GesRZ 2021, 77 (FN 36) und 80.

³⁶ H. Foglar-Deinhardstein/Aichinger, GesRZ 2021, 80 und 82.

³⁷ Aktienrechts-Änderungsgesetz 2019, BGBl I 2019/63.

³⁸ Vgl H. Foglar-Deinhardstein/Molitoris/Hartig, GesRZ 2020, 48 und 51 f; H. Foglar-Deinhardstein/Aichinger, GesRZ 2021, 74 f; H. Foglar-Deinhardstein/Feldscher in Adensamer/Mitterecker, Gesellschafterstreit, Rz 11/257 ff.

zwar im Überprüfungsverfahren für die Minderheitsaktionäre, deren meist geringe Aktienanzahl die Einbringung eines eigenen Antrags schon aus Kostengründen nicht gerechtfertigt hat, eine tolle bare Zuzahlung erstritten haben, im Leistungsklageverfahren hat er aber keinerlei Kompetenzen. Er kann diese – nun erforderlichen – Klagen auch für die von ihm im Überprüfungsverfahren vertretenen Aktionäre nicht einbringen, sodass diese Aktionäre erst recht wieder (möglicherweise diesmal sogar in fremden Jurisdiktionen) Verfahren gegen den Hauptaktionär führen müssten, um zu dem im Überprüfungsverfahren zugesprochenen Geld zu kommen, wenn der Hauptaktionär nicht freiwillig die bare Zuzahlung und/oder die Zinsen und Verzugszinsen zahlt. Da gerade viele Kleinaktionäre, die unter Umständen nicht einmal wissen, dass ein Überprüfungsverfahren anhängig war, vor derartigen Klagen zurückschrecken werden und gerade keinerlei Kosten vorschießen wollen, selbst wenn die Klagen im Inland zu führen sind, werden sich die Hauptaktionäre ein schönes Körbergeld ersparen. Dass der OGH unter Berufung auf einen Aufsatz von Hauptaktionärsvertretern argumentiert, dass eine sichere Identifikation von Anspruchsberechtigten nach einem Überprüfungsverfahren nur über elektronische Buchungssysteme erfolgen könne, und dies als Begründung dafür ansieht, dass kein Exekutionstitel im Überprüfungsverfahren zu schaffen sei, verwundert zusätzlich, ist dies doch letztlich bei jeder Transaktion so, die eine oft unüberschaubare Anzahl von Aktionären betrifft. Auch bei der Zahlung der ursprünglichen Barabfindung erfolgt die Zahlung dieser Barabfindung gegen Übertragung der Aktien auf dem Depot des (Klein-)Aktionärs auf jenes des Hauptaktionärs, ohne dass dem Hauptaktionär idR überhaupt nur bekannt wäre, an welche oder an wie viele Aktionäre die Barabfindung bezahlt wird. Es werden derartige Zahlungen gegen Ausbuchung des entsprechenden Wertpapiers immer problemlos über die jeweiligen Depotbanken abgewickelt. Eine Identifikation des Leistungsempfängers ist nur dann erforderlich, wenn die Zahlung nicht freiwillig erfolgt und die Exekution geführt werden muss. In diesem Fall musste der Anspruchsberechtigte auch bisher sein Recht im Exekutionsverfahren beweisen. Dieses Argument geht also vollkommen ins Leere. Nun muss der Anspruchsberechtigte zusätzlich auch noch ein Leistungsklageverfahren führen, um überhaupt zu seinem Recht zu kommen.

Dass der OGH in der Entscheidung auch ausgesprochen hat, dass im Überprüfungsverfahren keine Zinsen und Verzugszinsen zuzusprechen wären, sondern dies erst im Leistungsklageverfahren zu erfolgen hätte, ist zwar an sich konsequent zum oben besprochenen fehlenden Exekutionstitel im Überprüfungsverfahren, aber genauso abzulehnen. Genauso wie es unverständlich ist, warum nicht bereits das Überprüfungsverfahren das Ende des mühevollen Weges der ausgeschlossenen Minderheitsaktionäre, eine angemessene Barabfindung zu erhalten, sein soll, so ist es auch unverständlich, warum nicht bereits im Überprüfungsverfahren die Zinsen und Verzugszinsen für die bare Zuzahlung zugesprochen werden sollen. Dies auch vor dem Hintergrund, dass der OGH nun auch die strittige Frage geklärt hat, wie hoch diese Zinsen sind.

Der OGH bestätigt zu Recht die so gut wie hM, dass die ausgeschlossenen Minderheitsaktionäre auch hinsichtlich der Zinsen so zu stellen sind, als wäre ihnen von Anfang an eine Barabfindung in angemessener Höhe gewährt worden. Somit ist die bare Zuzahlung vom ersten Tag nach dem Squeeze-out-Beschluss in der Hauptversammlung bis zwei Monate nach dem Tag der Veröffentlichung des Beschlusses in der Ediktsdatei mit Zinsen in Höhe von 2 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz und danach mit den gesetzlichen Verzugszinsen zu verzinsen. Zum jüngeren Meinungsstreit über die zeitliche Abgrenzung von Zinsen und Verzugszinsen stellt der OGH zu Recht klar, dass die bare Zuzahlung für den darauffolgenden Zeitraum mit Verzugszinsen zu verzinsen ist.

Der OGH verneint aber die Anwendung unternehmerischer Verzugszinsen und will allen Aktionären, unabhängig davon, ob es sich um private oder institutionelle Investoren handelt, nur gesetzliche Verzugszinsen gem § 1000 Abs 1 ABGB, also 4 %, gewähren. Dass dies vor dem Hintergrund, dass das Überprüfungsverfahren nicht mit einem Exekutionstitel für die ausgeschlossenen Minderheitsaktionäre beendet werden soll, vollkommen inkonsequent ist,

weil im Leistungsklageverfahren genug Zeit und Raum wäre, zu prüfen, ob es sich um einen unternehmerisch tätigen Investor handelt, sei nur am Rande erwähnt. Dass der Ausschluss aus der Gesellschaft kein beiderseitiges Unternehmensgeschäft sein könne, überzeugt ebenfalls nicht. Gerade weil es sich um keine freiwillige Desinvestitionsentscheidung des ausgeschlossenen (unternehmerisch tätigen) Minderheitsaktionärs handelt, sondern um eine gesetzlich zulässige Enteignung unter Privaten, ist uE eine Gleichbehandlung mit einer freiwilligen Desinvestition geboten. Das aktien- und übernahmerechtliche Gleichbehandlungsgebot greift ja auch nicht in die Verzugszinsen ein, wenn ein privater Kleininvestor und ein unternehmerisch tätiger Investor ihre Aktien jeweils an einen unternehmerisch tätigen Hauptaktionär (freiwillig) verkaufen. In diesem Fall würden bei Nichtzahlung des Kaufpreises zum Fälligkeitszeitpunkt im ersten Fall 4 % Verzugszinsen und im zweiten Fall unternehmerische Verzugszinsen nach § 456 UGB zu bezahlen sein. Die vom OGH vertretene Ablehnung von unternehmerischen Verzugszinsen aus Gleichbehandlungsgründen würde – wenn überhaupt – nur dann Sinn machen, wenn diese – wie bisher – im Überprüfungsverfahren festgelegt werden. Denn nur in diesem Fall sind die von dem gemeinsamen Vertreter vertretenen Aktionäre vielfach unbekannt und eine vollständige Differenzierung aller ausgeschlossenen Aktionäre ist nicht möglich.

Positiv hervorzuheben ist, dass der OGH nun klargestellt hat, dass während der idR sehr langen und aufwendigen Überprüfungsverfahren keine Verjährung von Zinsen und Verzugszinsen für bare Zuzahlungen eintreten kann. Da im Gesetz angeordnet ist, dass die Barabfindung zwei Monate nach dem Tag der Veröffentlichung des Beschlusses in der Ediktsdatei fällig wird (§ 2 Abs 2 GesAusG) und § 6 Abs 2 GesAusG hinsichtlich der Fälligkeit und Verzinsung von baren Zuzahlungen auf diese Bestimmung verweist, bestand die große Befürchtung, dass Zinsansprüche bereits zum Teil nach Abschluss des Überprüfungsverfahrens verjährt wären, wenn dieses länger als drei Jahre gedauert hat. Der OGH stellt klar, dass es nicht zur Verjährung von Zinsansprüchen aus den im Überprüfungsverfahren festgelegten Zuzahlungen kommen kann, weil die Verjährungsfrist für die bare Zuzahlung samt den Zinsen erst zu dem Zeitpunkt zu laufen beginnen kann, zu dem das Recht zuerst hätte ausgeübt werden können. Dies ist aber erst ab Rechtskraft der Entscheidung im Überprüfungsverfahren der Fall.

Besonders bedenklich ist das *obiter dictum* des OGH, dass das Gericht im Rahmen des Überprüfungsverfahrens die Unternehmensbewertung bzw die Angemessenheit der Barabfindung lediglich einer Plausibilitätskontrolle zu unterziehen habe. Nimmt man das wörtlich, so wäre die Beauftragung eines Gutachters zur Ermittlung des Unternehmenswerts im Überprüfungsverfahren bei Gericht oder beim Gremium nicht notwendig, sondern wären lediglich jene Gutachten, die schon im Zuge des Squeeze-out-Verfahrens die Angemessenheit der gewährten Barabfindung beschreiben, einer Plausibilitätskontrolle zu unterziehen. Dass diese Gutachten häufig grundsätzlich nicht unplausibel sind, jedoch in bisherigen Überprüfungsverfahren – im Regelfall nach einer Überprüfung von der diesen Gutachten zugrunde liegenden Unternehmensplanung – immer eine sehr hohe bare Zuzahlung für die ausgeschlossenen Aktionäre am Ende herauskam, zeigt, dass eine Plausibilitätskontrolle gerade nicht ausreicht, sondern weiterhin eigenständige Unternehmensbewertungsgutachten in Überprüfungsverfahren eingeholt werden müssen, um zu einem sachgerechten Ergebnis zu kommen.

Insgesamt erscheint uns diese OGH-Entscheidung, wenngleich in manchen Punkten positiv, nicht zum Ende durchdacht. Die Entscheidung untergräbt wesentlich den Sinn und Zweck des Überprüfungsverfahrens und insb die Erleichterung des Zugangs zum Rechtsschutz durch die Bestellung eines gemeinsamen Vertreters. Der OGH ermöglicht im Ergebnis durch diese Entscheidung, die Gesellschafter insgesamt wesentlich billiger aus der Gesellschaft auszuschließen, denn es ist damit zu rechnen, dass nur institutionelle Anleger die erforderlichen Leistungsklagen – nicht nur im Ausland, sondern vielfach auch im Inland – führen werden. Wesentliche Überlegungen des Anlegerschutzes und der Effizienz des Kapitalmarktes, die dem Überprüfungsverfahren Pate gestanden sind, wurden damit über Bord geworfen. Der OGH ist aufgerufen,

die Entscheidung zu überdenken und in kommenden Überprüfungsverfahren die hL zu unterstützen, wonach die Entscheidungen im Überprüfungsverfahren über bare Zuzahlungen, Zinsen und Verzugszinsen einen Exekutionstitel bilden. Da wir nicht mit einer schnellen neuen OGH-Entscheidung in dieser Angelegenheit rechnen, ist der Gesetzgeber dringend aufgefordert, einzugreifen. Ein funktionierender Kapitalmarkt ist gerade in Niedrigzinsphasen von größtem volkswirtschaftlichem Interesse und sollte effizient geschützt werden.

Slavica Vanovac / Martin Löffler

Mag. Slavica Vanovac und Dr. Martin Löffler sind Rechtsanwältinnen in Wien.

Hinweis:

Siehe zur vorliegenden Entscheidung in diesem Heft auch Ruffler, Zur Verzinsung der Barabfindung und zugesprochenerbarer Zuzahlungen gemäß § 6 GesAusG, GesRZ 2021, 209.

*

Keine Rechtsmittellegitimation des unter Verletzung eines Sonderrechts nach § 50 Abs 4 GmbHG abberufenen Geschäftsführers gegen den Beschluss, womit er als Geschäftsführer im Firmenbuch gelöscht wurde

§ 16 Abs 1 und § 50 Abs 4 GmbHG

§ 15 FBG

§ 45 AußStrG

1. Auch ein Beschluss, der ohne Zustimmung eines Gesellschafters gefasst wurde, obwohl dieser als betroffener Gesellschafter – wie im Falle des § 50 Abs 4 GmbHG – zustimmen hätte müssen, ist nicht schwebend unwirksam, sondern mit Nichtigkeitsklage zu bekämpfen. Bis zur rechtskräftigen Klagsstattgebung der Nichtigkeitsklage ist daher die durch (Mehrheits-)Beschluss erfolgte Abberufung eines Geschäftsführers wirksam. Diesem Geschäftsführer fehlt daher die Legitimation, namens der Gesellschaft im Firmenbuchverfahren Rechtsmittel zu erheben.

2. Dem abberufenen Geschäftsführer kommt nach stRSpr im eigenen Namen keine Legitimation zur Bekämpfung des Beschlusses des Firmenbuchgerichts auf Löschung seiner Funktion zu.

OGH 15.3.2021, 6 Ob 38/21p (OLG Wien 6 R 213/20t; HG Wien 75 Fr 16984/20a)

[1] Nach der Erklärung über die Errichtung der hier gegenständlichen GmbH hat eine Minderheitsgesellschafterin das Recht auf Bestellung eines Geschäftsführers als Sonderrecht gem § 50 Abs 4 GmbHG.

[2] Mit Entsandungserklärung vom 29.5.2020 bestellte die Minderheitsgesellschafterin den Rechtsmittelwerber zum selbständig vertretungsbefugten Geschäftsführer der Gesellschaft.

[3] In der Generalversammlung vom 30.6.2020 stimmten die übrigen Gesellschafter für die Abberufung des Rechtsmittelwerbers als Geschäftsführer, die entsandungsberechtigte Minderheitsgesellschafterin stimmte dagegen.

▶ [4] Mit dem angefochtenen Beschluss wurde im Firmenbuch die Löschung des Rechtsmittelwerbers als Geschäftsführer der genannten Gesellschaft bewilligt.

[5] Dagegen erhebt der Rechtsmittelwerber einerseits in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer der Gesellschaft, andererseits im eigenen Namen den außerordentlichen Revisionsrekurs mit dem Antrag, den erstinstanzlichen Beschluss, womit der Antrag auf Löschung des Rechtsmittelwerbers als Geschäftsführer der Gesellschaft abgewiesen wurde, wiederherzustellen. Hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

▶ Der OGH wies den Revisionsrekurs zurück.

Aus der Begründung des OGH:

[6] Der Revisionsrekurs ist absolut unzulässig.

[7] 1. Zur mangelnden Rechtsmittellegitimation als Geschäftsführer für die Gesellschaft:

[8] Nach stRSpr stellen §§ 41 und 42 GmbHG die Rechtsicherheit über die Belange einzelner Gesellschafter [her], die es unterlassen haben, fehlerhafte Beschlüsse rechtzeitig mit der Nichtigkeitsklage zu bekämpfen. Auch ein Beschluss, der ohne Zustimmung eines Gesellschafters gefasst wurde, obwohl dieser als betroffener Gesellschafter, wie im Falle des § 50 Abs 4 GmbHG, zustimmen hätte müssen, ist daher nicht schwebend unwirksam, sondern mit Nichtigkeitsklage zu bekämpfen (RIS-Justiz RS0060086).

[9] Eine Unwirksamkeit des mit Nichtigkeitsklage angefochtenen Generalversammlungsbeschlusses bewirkt erst das stattgebende rechtskräftige Urteil und zwar *ex tunc* (RIS-Justiz RS0060077; vgl auch RIS-Justiz RS0060124). Dies gilt auch für den abberufenen Geschäftsführer; bis zur Klagsstattgebung ist seine Abberufung wirksam (RIS-Justiz RS0006919 [T1]).

[10] Dass der seine Abberufung bekämpfenden Nichtigkeitsklage nach § 41 GmbHG bereits rechtskräftig stattgegeben worden wäre, behauptet der Rechtsmittelwerber nicht.

[11] Daraus folgt, dass die Abberufung des Rechtsmittelwerbers als Geschäftsführer der Gesellschaft derzeit wirksam ist, weshalb ihm die Legitimation fehlt, namens der Gesellschaft im Firmenbuchverfahren Rechtsmittel zu erheben.

[12] 2. Zur mangelnden Rechtsmittellegitimation im eigenen Namen:

[13] Nach stRSpr kommt dem abberufenen Geschäftsführer im eigenen Namen keine Legitimation zur Bekämpfung des Beschlusses des Firmenbuchgerichts auf Löschung seiner Funktion zu, weil diese Eintragung nicht rechtsbegründend, sondern nur deklarativ wirkt und ihm keine eigenen firmenbuchrechtlichen Rechte, die durch die Abberufung tangiert wären, zukommen (6 Ob 167/07p; 6 Ob 168/07k; 6 Ob 32/15x; zuletzt 6 Ob 33/20a mwN; RIS-Justiz RS0006938).

[14] 3. Da somit dem Rechtsmittelwerber im vorliegenden Firmenbuchverfahren weder namens der Gesellschaft noch im eigenen Namen die Rechtsmittellegitimation zukommt, ist sein Revisionsrekurs als absolut unzulässig zurückzuweisen.

Anmerkung:

Ähnlich wie zuletzt in der Entscheidung vom 22.10.2020, 6 Ob 33/20a (GesRZ 2021, 92 [B. Schima]), lag auch der gegenständlichen Entscheidung die Frage nach der Rekurslegitimation im Firmenbuchverfahren über die Löschung eines GmbH-Geschäftsführers zugrunde. Der Rechtsmittelwerber wurde von der Minderheitsgesellschafterin in Ausübung eines Sonderrechts gem § 50 Abs 4 GmbHG als selbständig vertretungsbefugter Geschäftsführer der Gesellschaft entsandt, wenig später jedoch von den übrigen Gesellschaftern abberufen. Die entsandungsberechtigte Minderheitsgesellschafterin stimmte gegen den Beschluss und erhob dagegen Nichtigkeitsklage. Das Firmenbuchgericht wies in weiterer Folge augenscheinlich den Antrag auf Löschung des entsandten Geschäftsführers ab, wogegen die Gesellschaft erfolgreich Rekurs erhob. Hierauf erhob der abberufene entsandte Geschäftsführer gegen seine Löschung als Geschäftsführer im Firmenbuchverfahren sowohl im eigenen Namen als auch im Namen der Gesellschaft Revisionsrekurs. Diesen Revisionsrekurs wies der OGH als absolut unzulässig zurück.