



REPUBLIK ÖSTERREICH

Oberlandesgericht Wien

5 R 124/21y

Das Oberlandesgericht Wien hat als Rekursgericht durch die Senatspräsidentin Dr. Schrott-Mader als Vorsitzende sowie den Richter Mag. Guggenbichler und die Richterin Mag. Waldstätten in der Rechtssache der klagenden Partei [REDACTED]

[REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] vertreten durch Univ.Prof.Dr. Max Leitner, Dr. Mara-Sophie Häusler, LL.M., Rechtsanwälte in Wien, gegen die beklagte Partei **UniCredit S.p.A. Zweigniederlassung Wien**, Rothschildplatz 4, 1020 Wien, vertreten durch Dr. Thomas Kustor, LL.M., Rechtsanwalt in Wien, wegen EUR 283.644,- sA, über den Rekurs der beklagten Partei gegen den Beschluss des Handelsgerichts Wien vom 15.6.2021, 48 Cg 12/21f-9, in nichtöffentlicher Sitzung den

B e s c h l u s s

gefasst:

1. Der Rekurs wegen Nichtigkeit wird **verworfen**.
2. Dem Rekurs wird im Übrigen **nicht Folge** gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 2.388,06 (darin enthalten EUR 398,01 an USt) bestimmten Kosten der Rekursbeantwortung binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Ein Revisionsrekurs ist **jedenfalls unzulässig**.

B e g r ü n d u n g :

Der **Kläger** begehrt mit Klage vom 4.3.2021 Zahlung von EUR 283.644,-- samt 4 % Zinsen seit 6.8.2008.

Er brachte vor, mit Hauptversammlungsbeschluss der Bank Austria Creditanstalt AG vom 3.5.2007 über Initiative der Beklagten als Hauptaktionärin gegen Gewährung einer Barabfindung von EUR 129,40 pro Aktie und Zinsen von EUR 8,54, insgesamt somit EUR 137,94 pro Aktie, aus der Gesellschaft ausgeschlossen worden zu sein. Sowohl der Aktienerwerb als auch die spätere Zuzahlung, auf die sich die Klage stütze, sei über die österreichische Zweigniederlassung der Beklagten in Wien erfolgt. Das angerufene Gericht sei daher gemäß Art 7 Nr 5 EuGVVO iVm § 87 JN zuständig.

Der Kläger mache seinen Anspruch auf Gleichbehandlung mit anderen Aktionären, die über die Barabfindung hinausgehende Zuzahlungen erhalten hätten, geltend. Für diesen Anspruch sei der streitige Rechtsweg zulässig. Der Kläger habe rechtzeitig einen Antrag auf Überprüfung der Barabfindung beim Handelsgericht Wien gestellt, wo das Verfahren seit mehr als 13 Jahren ohne Ergebnis geführt werde. Der Kläger halte auf seinem Depot bei der HSBC für die seinerzeitigen Aktien der UniCredit Bank Austria AG 18.000 Stück Anrechte auf zukünftige Nachzahlung und sei daher berechtigt, an Nachzahlungen auf die Barabfindung zu partizipieren.

Die UniCredit Bank Austria AG habe, um die Eintragung des Ausschlusses im Firmenbuch nicht zu gefährden, mit einigen Aktionären umfangreiche Vergleiche und Aktienkaufverträge abgeschlossen. Diese hätten daraufhin ihre gegen die UniCredit Bank Austria AG angestregten Verfahren beendet und der Beschluss über den Ausschluss sei rechtswirksam geworden. Die Aktionärin Polygon Master

Fund habe sich auf diese Weise für 2,6 Millionen Stück Aktien eine Aufbesserung von EUR 24,148 pro Aktie verschaffen können. Die übrigen Aktionäre hätten demgegenüber nur eine Zinszahlung von EUR 8,54 zusätzlich zur Barabfindung pro Aktie erhalten, woraus sich eine Differenz von EUR 15,758 zur Zahlung an Polygon ergebe.

Die Beklagte habe mit den Zuzahlungen an einzelne Aktionäre, insbesondere an Polygon, gegen das Gebot zur Gleichbehandlung der Minderheitsaktionäre verstoßen. Der Kläger habe daraus einen unmittelbaren Anspruch auf Gleichbehandlung, der auf den Erhalt der gleichen Zuzahlung laute sowie einen Schadenersatzanspruch aufgrund der schuldhaften Ungleichbehandlung durch die Beklagte. Der Kläger mache seinen Anspruch geltend, in gleicher Weise wie Polygon eine Zuzahlung auf seine Nachbesserungsrechte zu erhalten. Der Klagsbetrag ergebe sich aus der Multiplikation der 18.000 Stück Anrechte mal EUR 15,758. Die Nachzahlung hätte, ebenso wie jene an Polygon, bereits am 5.8.2008 erfolgen müssen, die Beklagte befinde sich seither in Verzug.

Die **Beklagte** wendete die „Unzuständigkeit“ des angerufenen Gerichts infolge außerstreitigen Rechtsweges ein und erhob weiters den Einwand der Streitanhängigkeit. Der Kläger als Antragsteller habe bereits im Verfahren 75 Fr 6292/08y die Verletzung des Gleichbehandlungsgebots eingewendet. Sein Vorbringen in jenem Verfahren decke sich mit seinem Vorbringen im vorliegenden Verfahren. Der von der Beklagten in jenem Verfahren erhobene Einwand der Unzulässigkeit des außerstreitigen Rechtswegs sei verworfen worden. Die Parteien und der geltend gemachte Anspruch seien in beiden Verfahren ident. Allfällige Nachzahlungsrechte des Klägers seien automatisch vom Ausgang des Vorverfahrens umfasst. Die Rechtskraft der im dortigen

gen Verfahren ergehenden Entscheidung erstrecke sich gemäß § 225i Aktiengesetz auch auf den Kläger. Dem Kläger fehle im gegenständlichen Verfahren das Rechtsschutzbedürfnis.

Schließlich beantragte die Beklagte die Unterbrechung des Verfahrens, weil die Entscheidung vom Ausgang des bereits anhängigen Außerstreitverfahrens abhängt.

In der Sache selbst wendete die Beklagte die Unschlüssigkeit des Klagebegehrens und die Verjährung des geltend gemachten Anspruchs ein und bestritt die Aktivlegitimation des Klägers. Weiters brachte sie vor, für den Anspruch des Klägers bestehe keine Rechtsgrundlage und bestritt diesen auch der Höhe nach.

Der **Kläger** brachte ergänzend vor, der im gegenständlichen Verfahren geltend gemachte Anspruch auf Leistung sei vom Anspruch auf Überprüfung der Angemessenheit der Barabfindung, der Gegenstand des Vorverfahrens sei, verschieden. Der Kläger habe zusätzlich zu seinem eigenen Nachbesserungsrecht 2010 und 2013 von seiner Ehefrau und von der [REDACTED] 13.000 Stück Nachbesserungsrechte erworben. Bei Gleichbehandlung mit dem Großaktionär Polygon hätte der Kläger und hätten seine Rechtsvorgänger für 18.000 Stück Aktien Anspruch auf EUR 283.644,-- mit Fälligkeit zum 5.8.2008 gehabt. Der Kläger habe aufgrund der Verletzung des Gleichbehandlungsgebots durch die Beklagte als Hauptaktionärin einen Anspruch auf Gleichbehandlung sowie einen gleichlautenden Schadenersatzanspruch.

Der Kläger sei entgegen dem Vorbringen der Beklagten aktiv legitimiert. Die im Wege des Squeeze-Out ausgeschlossenen Minderheitsaktionäre hätten neben der Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens zur Überprüfung der Barabfindung oder der Anfechtung des Beschlusses über

den Gesellschafterausschluss auch die Möglichkeit zur Erhebung von Schadenersatzansprüchen. Für diese sei der streitige Rechtsweg zulässig.

Auch liege mangels Identität der Streitgegenstände das Prozesshindernis der Streitanhängigkeit nicht vor. Im Verfahren 75 Fr 6292/08x sei die Überprüfung der Barabfindung auf ihre Angemessenheit und eine allfällige Erhöhung Verfahrensgegenstand. Bezugsgröße sei der Wert des entzogenen Gesellschaftsanteils. Im gegenständlichen Verfahren erhebe der Kläger hingegen einen auf das Schadenersatzrecht gestützten Zahlungsanspruch. Bei einer Verschiedenheit der Begehren bestehe keine Streitanhängigkeit. Der geltend gemachte Anspruch sei nicht verjährt, er unterliege der 30-jährigen Verjährungsfrist.

Mit dem angefochtenen **Beschluss** verwarf das Erstgericht die Einreden der Unzulässigkeit des streitigen Rechtsweges und der Streitanhängigkeit und wies den Antrag auf Unterbrechung des Verfahrens ab. Es sprach aus, dass das gegenständliche Verfahren als streitiges Verfahren zu führen sei.

Zur Begründung führte es zusammengefasst aus:

Bei der Beurteilung der Frage, ob eine Rechtssache in das Außerstreitverfahren oder auf den streitigen Rechtsweg gehöre, sei allein von den Behauptungen des Antragstellers auszugehen. Der Kläger mache im vorliegenden Verfahren einen Schadenersatzanspruch geltend, den er auf eine von ihm behauptete Ungleichbehandlung der ausgeschlossenen Mehrheitsgesellschafter im Rahmen des Gesellschafterausschlusses stütze. Dieser sei am streitigen Rechtsweg zu erledigen. Die Anhängigkeit eines Überprüfungsverfahrens gemäß § 6 GesAusG iVm § 225c AktG ändere daran nichts. Dessen Gegenstand sei allein die Angemessenheit der den ausgeschlossenen Gesellschaftern gewähr-

ten Barabfindungen.

Es sei zwar grundsätzlich auch Streitanhängigkeit zwischen außerstreitigem und streitigem Verfahren möglich. Auch die Parteien seien in beiden Verfahren ident. Jedoch liege kein identer Streitgegenstand vor, weil die Antragsteller im Überprüfungsverfahren die Erhöhung der Barabfindung auf den angemessenen, dem Gesellschaftsanteil entsprechenden Wert begehrten, während der Kläger im vorliegenden Verfahren die Zahlung eines bestimmten Betrags aus dem Titel des Schadenersatzes begehre.

Das Verfahren sei schließlich auch nicht zu unterbrechen. Die angemessene Höhe der Barabfindung sei für die Frage des Bestehens oder Nichtbestehens des geltend gemachten Schadenersatzanspruchs nicht von Relevanz. Das Überprüfungsverfahren sei daher für das vorliegende Verfahren nicht präjudiziell. Eine Unterbrechung erscheine angesichts des Umfangs jenes Verfahrens und der bereits mehr als zehnjährigen Verfahrensdauer auch nicht zweckmäßig.

Gegen die Verwerfung der Einreden der Unzuständigkeit und der Streitanhängigkeit richtet sich der **Rekurs** der Beklagten wegen Nichtigkeit und wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Antrag, den angefochtenen Beschluss (als nichtig) aufzuheben und die Klage zurück- bzw abzuweisen, hilfsweise diesen dahin abzuändern, dass das gegenständliche Verfahren als außerstreitiges Verfahren zu führen sei. Hilfsweise wird beantragt, die Rechts-sache zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung an das Erstgericht zurückzuverweisen.

Der Kläger beantragt, dem Rekurs nicht Folge zu geben.

Der Rekurs ist nicht berechtigt.

1. Nichtigkeit:

1.1. Die Rekurswerberin bringt vor, das Erstgericht habe den Einwand der Streitanhängigkeit verworfen, was die Nichtigkeit des angefochtenen Beschlusses zur Folge habe. Sie verkennt dabei allerdings den Inhalt der von ihr zitierten Rechtssätze (RIS-Justiz RS0039233 und RS0041942). In diesen wird nämlich bloß zum Ausdruck gebracht, dass trotz Streitanhängigkeit geführte Verfahren nichtig sind (RS0039233) und dass die amtswegige Wahrnehmung der Nichtigkeit ein zulässiges Rechtsmittel gegen die davon betroffene Entscheidung voraussetzt (RS0041942). Hingegen liegt keine Nichtigkeit vor, nur weil das Erstgericht über den Einwand der Streitanhängigkeit selbst nicht im Sinne der Beklagten entschieden hat.

Der Rekurs war daher, soweit er Nichtigkeit geltend macht, zu verwerfen.

1.2. Das Prozesshindernis der Streitanhängigkeit soll verhindern, dass in ein und der selben Sache zwischen den selben Parteien zwei Prozesse geführt werden. Dies dient der Verfahrensökonomie, aber auch der Rechtssicherheit, weil das Ergehen divergierender Urteile in der selben Sache hintangehalten wird. Das Prozesshindernis der Streitanhängigkeit setzt voraus, dass die Parteien (unabhängig von der Parteirolle) und der Streitgegenstand identisch sind. Identität der Parteien liegt vor, wenn in beiden Prozessen die selben Rechtssubjekte (oder deren Rechtsnachfolger) als Parteien auftreten. Identität des Anspruchs liegt vor, wenn der Streitgegenstand bei beiden Klagen derselbe ist (*Kodek/Mayr, Zivilprozessrecht*⁴ Rz 717 ff). Die Parteien des vorliegenden Verfahrens sind auch Parteien in dem zu 75 Fr 6292/08y des HG Wien anhängigen Verfahren, die Voraussetzung der Parteienidentität ist daher erfüllt.

1.3. Das Prozesshindernis der Streitanhängigkeit wird nunmehr auch im Verhältnis zwischen Klage und außerstreitigem Sachantrag bejaht (RIS-Justiz RS0126868 [T6]; 7 Ob 142/15f; *Mayr in Fasching/Konecny* ZPG³ § 233 ZPO Rz 24f).

1.4. Eine Anspruchsidentität besteht nach der in Österreich nach wie vor herrschenden zweigliedrigen Streitgegenstandstheorie nur dann, wenn neben dem Begehren auch der rechtserzeugende Sachverhalt, also der Klage- oder Anspruchsgrund, identisch ist, die Entscheidung über das erste Begehren also auch das zweite Verfahren vollständig erledigen würde (*Mayr in Fasching/Konecny*³ § 233 ZPO Rz 8 mwN). Das ist aber dann nicht der Fall, wenn sich aus verschiedenen Sachverhalten mehrere Ansprüche bloß mit dem gleichen (Rechtsschutz-)Ziel ergeben, weil in diesem Fall erst die Erfüllung des einen Anspruchs auch den anderen zum Erlöschen bringt, sodass die Entscheidung über den zuerst geltend gemachten Anspruch nicht jener über den später erhobenen entgegensteht (vgl. *Rechberger/Klicka in Rechberger/Klicka*⁵ Vor § 226 ZPO Rz 21 ff).

Gegenstand des Überprüfungsverfahrens beim Firmenbuchgericht gemäß § 6 GesAusG iVm §§ 225c ff AktG ist allein die Angemessenheit der dem Kläger (den Minderheitsgesellschaftern) gewährten Barabfindung im Sinn des § 2 Abs 1 GesAusG. Als Stichtag für die Feststellung der Angemessenheit gilt dabei nach dem 2. Satz jener Bestimmung der Tag der Beschlussfassung durch die Gesellschafterversammlung. Richtig ist, dass auch in die Beurteilung der Angemessenheit der Barabfindung die Gleichbehandlung der Gesellschafter Eingang findet (vgl. § 7 Abs 3 GesAusG), allerdings wird dabei, wohl dem Stichtag Rechnung tragend, insbesondere auf Paralleltransaktionen und Vorerwerbe abgestellt (*Kalss, Verschmelzung - Spaltung - Um-*

wandlung² § 2 GesAusG [Stand 1.11.2010], rdb.at, Rz 19 und 23; vgl auch 6 Ob 138/19s, wo es zwar um eine nachträgliche Zuzahlung, allerdings aus einem gerichtlichen Teilvergleich und daher eher um dessen „erga-omnes“-Wirkung ging als um die Berücksichtigung nachträglicher Ungleichbehandlungen im Allgemeinen - RIS-Justiz RS0132876; vgl dazu auch die Glosse von Zollner in GesRZ 2020, 150).

Mit der Klage wurde hingegen ein Schadenersatzanspruch erhoben, der aus einer (unsachlichen) Ungleichbehandlung der (ausgeschlossenen) Minderheitsgesellschafter durch Verweigerung von anderen Aktionären gewährten Aufbesserungen resultiert und neben der Rechtswidrigkeit etwa auch ein Verschulden der beklagten Hauptgesellschafterin voraussetzt. Gemessen am anspruchsbegründenden Sachverhalt werden daher im Zivilprozess einerseits und im Außerstreitverfahren andererseits unterschiedliche Ansprüche verfolgt. Auch in der Literatur wird vertreten, dass neben der Möglichkeit zur Überprüfung der Barabfindung im Außerstreitverfahren auch Schadenersatzansprüche, unter anderem gegen den Hauptgesellschafter wegen Verletzung der ihn gegenüber den Minderheitsgesellschaftern treffenden Treuepflichten, in Betracht kommen (*Kalss*, Verschmelzung - Spaltung - Umwandlung² § 6 GesAusG [Stand 1.11.2010], rdb.at, Rz 29 ff mwN). Es bedarf keiner weiteren Erörterung, dass Schadenersatzansprüche auf den streitigen Rechtsweg gehören. Die Schlüssigkeit der Klage muss hier nicht überprüft werden.

Das Erstgericht hat den Einwand der Streitanhängigkeit somit zutreffend verworfen.

Dem Rekurs war daher ein Erfolg zu versagen.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 41 Abs 1, 50 Abs 1 ZPO. Die Kosten des Rekursverfahrens sind gesonderte Kosten des Zwischenstreits über die Frage der Streit-

anhängigkeit. Die Beklagte hat dem in diesem Zwischenstreit erfolgreichen Kläger die Rekurskosten zu ersetzen.

Der Revisionsrekurs ist gemäß 528 Abs 2 Z 2 ZPO jedenfalls unzulässig. Die Bestätigung der Verwerfung prozesshindernder Einreden ist einer Zurückweisung der Klage aus formellen Gründen nicht gleichzuhalten (vgl *Musger* in *Fasching/Konecny*³ IV/1 § 528 ZPO Rz 58).

Oberlandesgericht Wien
1011 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 5, am 29. November 2021

Dr. Maria Schrott-Mader

Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG