



REPUBLIK ÖSTERREICH
Oberlandesgericht Wien

4 R 71/21x

Das Oberlandesgericht Wien hat als Rekursgericht durch die Senatspräsidentin des Oberlandesgerichts Dr. Primus als Vorsitzende sowie die Richter des Oberlandesgerichts Mag. Elhenicky und Mag. Rendl in der Rechtssache der klagenden Partei [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED], vertreten durch Univ.Prof.Dr. Max LEITNER (SFU), Dr. Mara-Sophie HÄUSLER, LL.M., Rechtsanwälte in Wien, gegen die beklagte Partei **UniCredit S.p.A.**, Zweigniederlassung Wien, 1020 Wien, Rothschildplatz 4, vertreten durch die Freshfields Bruckhaus Deriger Rechtsanwälte PartG mbH in Wien, wegen EUR 168.610,60 samt Nebengebühren, über den Rekurs der beklagten Partei gegen den Beschluss des Handelsgerichts Wien vom 27.4.2021, GZ: 37 Cg 9/20g-17, in nicht öffentlicher Sitzung den

B e s c h l u s s

gefasst:

Dem Rekurs wird **nicht Folge** gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 2.129,22 bestimmten Kosten der Rekursbeantwortung (darin EUR 354,87 USt) binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Der Revisionsrekurs ist jedenfalls unzulässig (§ 528 Abs Z 2 ZPO).

B e g r ü n d u n g :

Die Klägerin begehrt von der Beklagten die Zahlung

von (ausgedehnt) EUR 168.610,60 samt Zinsen. Sie sei mit Hauptversammlungsbeschluss der Bank Austria Creditanstalt AG vom 3.5.2007 über Initiative der beklagten Hauptaktionärin gemeinsam mit anderen Streubesitzaktionären gegen Gewährung einer Barabfindung aus der Gesellschaft ausgeschlossen worden. Davon seien insgesamt 7.374.016 Aktien oder 3,65% des Grundkapitals betroffen gewesen. Die Barabfindung samt Zinsen (insgesamt EUR 137,94 pro Aktie) hätten die ausgeschlossenen Aktionäre am 5.8.2008 erhalten. Schon davor, im Juni und Juli 2007, habe eine Reihe von Aktionären Anträge auf Überprüfung der Barabfindung beim Handelsgericht gestellt, welches Verfahren zu 75 Fr 6292/08x noch anhängig sei. Einige Großaktionäre hätten in der Folge in Verletzung des Gleichbehandlungsgebots Aufzahlungen auf ihre Barabfindung erhalten. Der Klägerin stehe die gleiche Aufzahlung zu wie dem am meisten begünstigten Aktionär, das sei der Polygon Global Master Fund („Polygon“), der im Ergebnis einen Mehrbetrag von EUR 15,758 pro Aktie erhalten habe. Die Beklagte behaupte zwar, die Aufzahlung hätte den Zweck gehabt, die erhobene Anfechtungsklage abzuwenden; den Anfechtungsklägern wie dem Polygon sei es aber erkennbar von Beginn an um eine Erhöhung der Barabfindung gegangen, die Aufzahlung stehe daher jedenfalls im Konnex mit dem Gesellschafterausschluss. Der Beklagten sei die Ungleichbehandlung der Streubesitzaktionäre auch bewusst gewesen, weshalb ihr deren Geheimhaltung ein besonderes Anliegen gewesen sei.

Die Beklagte bestritt das Klagebegehren, darüber hinaus auch die Zulässigkeit des Rechtswegs. Im Hinblick auf das anhängige Außerstreitverfahren wandte sie überdies Streitanhängigkeit ein.

Mit dem angefochtenen Beschluss sprach das Erstge-

richt aus, dass das Verfahren als ein Streitiges zu führen sei (§ 40a JN). Die Klägerin erhebe einen Schadenersatzanspruch, der aus der Ungleichbehandlung nach dem Ausschluss der Minderheitsgesellschafter, und zwar aus der genannten Aufzählung auf die Barabfindung gegenüber einigen ausgeschlossenen Gesellschaftern, die den Ausschlussbeschluss gerichtlich angefochten hätten. Gegenstand des außerstreitigen Überprüfungsverfahrens (§ 6 GesAusG iVm §§ 225c ff AktG) sei nur die Angemessenheit der Barabfindung, wofür der Stichtag die Beschlussfassung der Gesellschafterversammlung sei. Bei Beurteilung der Angemessenheit sei zwar auch die Gleichbehandlung relevant, dabei werde aber nur auf Paralleltransaktionen und Vorerwerbe abgestellt. Neben der Möglichkeit der Überprüfung der Barabfindung im Außerstreitverfahren kämen auch Schadenersatzansprüche, unter anderem gegen den Hauptgesellschafter wegen Verletzung seiner Treuepflichten gegenüber Mitgesellschaftern in Betracht.

Gegen diesen Beschluss erhob die Beklagte Rekurs wegen Nichtigkeit und unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit den Abänderungsanträgen, die Klage zurück- und hilfsweise abzuweisen, hilfsweise auszusprechen, dass das Verfahren als ein außerstreitiges zu führen und die Sache in das außerstreitige Verfahren zu überweisen sei. Noch einmal hilfsweise wurde ein Aufhebungs- und Zurückverweisungsantrag gestellt.

Die Klägerin beantragte, den Rekurs zurückzuweisen, hilfsweise ihm nicht Folge zu geben.

Der Rekurs ist zulässig, aber nicht berechtigt.

Das Rekursgericht hat in diesem Verfahren im Beschluss vom 28.8.2020 (4 R 56/20i) in Aufhebung der alimine-Zurückweisung der Klage durch das Erstgericht dar-

gelegt, dass zwar auch im Verhältnis zwischen streitigen und außerstreitigen Verfahren eine Art „Streitanhängigkeit“ (gemäß § 233 Abs 1 ZPO) in dem Sinn bestehen kann, dass eine doppelte Verfahrensführung über denselben Verfahrensgegenstand ausgeschlossen wird, dass aber ein und derselbe Anspruch niemals sowohl auf dem streitigen als auch dem außerstreitigen Rechtsweg verfolgt werden kann, weil zwingend einer dieser Verfahrenswege unzulässig sein muss. Vor Prüfung der Streitanhängigkeit ist daher, wenn Zweifel bestehen, gemäß § 40a JN ein selbstständig anfechtbarer Beschluss über die anzuwendende Verfahrensart zu fassen, nach dessen Rechtskraft das Rechtsschutzbegehren in der festgestellten richtigen Verfahrensart zu behandeln ist, sodass die Klage gegebenenfalls in einen im außerstreitigen Antrag umzudeuten ist, der entweder gemäß § 44 JN an das zuständige Gericht zu überweisen oder, wenn das angerufene Gericht - wie hier als Firmenbuchgericht - auch für den Antrag zuständig ist, vom nach der Geschäftsverteilung dazu berufenen Außerstreitrichter fortzuführen ist. Dabei ist die Regelung des § 12 AußStrG („Anhängigkeit“) zu beachten, dessen Absatz 2 keine Zurückweisung vorsieht.

Die Erstrichterin hat daher zutreffend zunächst über die anzuwendende Verfahrensart entschieden (§ 40a JN).

Dieser Formalbeschluss entspricht also der notwendigen Reihenfolge der Entscheidungen und kann nicht deswegen nichtig sein, weil nicht zuerst über die Einrede der Streitanhängigkeit entschieden wurde, zumal damit keinerlei Entscheidung in der Sache vorweggenommen worden und die Zulässigkeit der Klage, deren Zurückweisung oder (hier:) Umdeutung in einen Antrag, erst die Folge eines rechtskräftigen Beschlusses gemäß § 40a JN ist.

Richtig ist allerdings, dass das Rekursgericht in jenem Beschluss (4 R 56/20i) weder über die Rechtswegzulässigkeit noch über die Streitanhängigkeit rechtskräftig entschieden hat, wurde doch darüber gar nicht spruchmäßig abgesprochen, sondern der angefochtene Zurückweisungsbeschluss aufgehoben; zudem war die Sache noch gar nicht streitanhängig, sodass jener Beschluss gegenüber der Beklagten noch keinerlei Wirkung entfalten konnte.

Die Frage, ob eine Sache im streitigen oder im außerstreitigen Verfahren zu behandeln ist, ist gemäß § 40a JN nach dem Inhalt des Begehrens und des Vorbringens des Klägers oder Antragstellers zu beantworten. Nach ständiger Rechtsprechung sind Einwendungen des Gegners unmaßgeblich (RS0013639 T8-T12, T14, T15, T17-T20, T23, T24; Nademleinsky in Höllwerth/Ziehensack, ZPO-TaKom § 40a JN Rz 5 mwN).

Davon ausgehend ist die angefochtene Entscheidung schon deswegen richtig, weil der Oberste Gerichtshof mittlerweile wiederholt erkannt hat, dass im Verfahren über die Höhe der Barabfindung des ausgeschlossenen Minderheitsgesellschafters (nach § 6 Abs 2 GesAusgG iVm den §§ 225c bis 225m AktG) keine individuellen ziffernmäßigen Leistungszusprüche vorzunehmen sind; dieses Verfahren zielt nämlich nicht auf die individuelle Anspruchsdurchsetzung, sondern verfolgt nur den Zweck, die Frage der Angemessenheit der Barabfindung mit Wirkung für die Gesellschafter und alle Gesellschafter (in Form einer Feststellung) zu beantworten (6 Ob 246/20z, 6 Ob 113/21t).

Schon deswegen gehört eine - zweifellos dem Privatrecht zuzuordnende - individuelle Anspruchsverfolgung, wie sie hier vorliegt, auf den streitigen Rechtsweg, ohne

dass geprüft werden müsste, ob dafür gegen den Hauptgesellschaftler neben einem (hier noch nicht vorliegenden) Zuzahlungsbeschluss des Außerstreitrichters auch andere Anspruchsgrundlagen zur Verfügung stehen können, etwa, wie von der Klägerin geltend gemacht und vom Erstgericht in Anlehnung an die Ausführungen im Aufhebungsbeschluss des Rekursgerichts bejaht, aus dem Titel des Schadenersatzes (vgl dazu *Kalss*, Verschmelzung - Spaltung - Umwandlung³ § 6 GesAusG [Stand 01.07.2021, rdb.at] Rz 35 mwN).

Der Rekurs musste daher erfolglos bleiben.

Die Kostenentscheidung im Zwischenstreit über die Rechtswegzulässigkeit beruht auf den §§ 41, 50 Abs 1 ZPO.

Oberlandesgericht Wien
1011 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 4, am 30. November 2021

Dr. Dorit Primus
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG