

Gleichbehandlung der Aktionäre im Squeeze-out

Der folgende Artikel beleuchtet die Frage, ob einerseits die vom Squeeze-out betroffene Gesellschaft als Inhaberin eigener Aktien und andererseits der Hauptaktionär beim direkten Erwerb von Aktien von anderen Minderheitenaktionären den gleichen gesetzlichen Anforderungen entsprechen müssen, welche für die Zurechnung der Anteile von verbundenen Unternehmen nach § 1 Abs 3 GesAusG gelten. Weiters ist von Interesse, ob die Minderheitenaktionäre im Verhältnis zur Gesellschaft als Inhaberin eigener Aktien sowie im Verhältnis zu den übrigen, vom Squeeze-out betroffenen Minderheitenaktionären durch den Kernaktionär ungleich behandelt werden dürfen. Wie der vorliegende Artikel zeigen soll, erscheint eine Ausdehnung der gesetzlichen Behaltfrist von einem Jahr auf den Inhaber eigener Aktien und auf den Hauptaktionär im Rahmen der freiwilligen Übernahme im Squeeze-out-Verfahren geboten.

1. Einleitung

Nach § 1 Abs 1 des Bundesgesetzes über den Ausschluss von Minderheitengeschaftern (GesAusG) kann die Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft auf Verlangen des Hauptgeschafter die Übertragung der Anteile der übrigen Geschafter auf den Hauptgeschafter gegen Gewährung einer angemessenen Barabfindung beschließen (sog „Squeeze-out“).¹⁾ Nach § 1 Abs 2 GesAusG ist Hauptgeschafter derjenige, dem zum Zeitpunkt der Beschlussfassung Anteile in Höhe von mindestens 90 % des Nennkapitals der Gesellschaft gehören. Der Hauptgeschafter hat den Minderheitenaktionären nach § 2 Abs 1 GesAusG eine angemessene Barabfindung zu gewähren, wobei der Tag der Beschlussfassung durch die Geschafterversammlung als Stichtag für die Feststellung der Angemessenheit gilt.²⁾ Die Angemessenheit der Barabfindung (Umtauschverhältnis) kann nach den Bestimmungen der § 225c bis § 225m AktG einer Überprüfung unterzogen werden.³⁾

Beim Ausschluss der Minderheitenaktionäre durch den Kernaktionär kann es zu Ungleichbehandlungen der Minderheitenaktionäre kommen. Aktionäre einer Aktiengesellschaft sind nach § 47a AktG unter den gleichen Voraussetzungen ohne das Vorliegen einer sachlich begründeten Legitimierung gleich zu behandeln. Vom Verbot der Ungleichbehandlung sind sowohl formale Ungleichbehandlungen als auch unzureichende sachliche Differenzierungen mit umfasst.⁴⁾ Weiters bestimmt § 65 Abs 1b AktG, dass auf den Erwerb und die Veräußerung eigener Aktien durch die Gesellschaft der Gleichbehandlungsgrundsatz nach § 47a AktG zwingend anzuwenden ist. Nach § 65 Abs 1

Z 5 ist deshalb die vom Geschafterausschluss betroffene Gesellschaft zum Rückkauf eigener Aktien nur unter Berücksichtigung des Gleichbehandlungsgrundsatzes berechtigt. Durch die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ist daher ein Recht der Aktionäre (iS eines „umgekehrten Bezugsrechts“) anzuerkennen, nach welchem diese bei der Andienung ihrer Aktien an die Gesellschaft gleich zu behandeln sind.⁵⁾

Die folgende Untersuchung beschäftigt sich mit der Frage, ob die vom Squeeze-out betroffene Gesellschaft als Inhaberin eigener Aktien den gleichen gesetzlichen Anforderungen unterliegt, die für die Zurechnung der Anteile von verbundenen Unternehmen nach § 1 Abs 3 GesAusG gelten. Weiters ist von Interesse, ob die Minderheitenaktionäre im Verhältnis zur Gesellschaft als Inhaberin eigener Aktien sowie im Verhältnis zu den restlichen vom Squeeze-out betroffenen Minderheitenaktionären durch den Kernaktionär ungleich behandelt werden, sofern der Erwerb der eigenen Aktien zur Entschädigung der Minderheitenaktionäre erfolgt. Wie der vorliegende Artikel zeigen soll, ist eine Ausdehnung der gesetzlichen Mindestdauer von einem Jahr bei verbundenen Unternehmen auf den Inhaber eigener Aktien geboten, um Ungleichbehandlungen unter den Minderheitenaktionären zu vermeiden.

2. Verbot des partiellen Ausschlusses von Aktionären und Gleichbehandlung

Die Normierung der Pflicht zur Gewährung einer angemessenen Barabfindung ist aus verfassungsrechtlicher Sicht geboten, da die Minderheitengeschafter ihre Anteile zumeist nicht freiwillig auf den Hauptgeschafter übertragen.⁶⁾ So soll die mit dem Hauptversammlungsbeschluss einhergehende Verschiebung von Vermögensinteressen auf den Kernaktionär mithilfe einer adäquaten Entschädigungszahlung ausgeglichen werden. Der Kreis der anspruchsberechtigten Geschafter ergibt sich hierbei aus § 5 Abs 4 GesAusG. Demnach haben alle Minderheitenaktionäre, deren Anteile auf den Hauptgeschafter übertragen werden, Anspruch auf eine angemessene Abfindung. Da anders als bei der nicht verhältnismäßigen Spaltung nach SpaltG eine beliebige Auswahl an auszuschließenden Mitgeschaftern im Rahmen von Ausschlüssen nach GesAusG nicht zulässig ist, steht somit jedem Minderheitengeschafter, unabhängig davon, ob er in der Hauptversammlung anwesend war

1) Bereits vor dem Inkrafttreten des GesAusG (Art 15 der RL 2004/25/EG umgesetzt durch ÜBRÄG 2006) am 20. 6. 2006 konnte der Streubesitz auf Wunsch des Kernaktionärs aus der Gesellschaft hinausgedrängt werden. Neben dem ausdrücklich durch verschmelzende Umwandlung gem § 2 UmwG geregelten Squeeze-out, wurde von der Lehre und Rechtsprechung auch die Möglichkeit eines Squeeze-out durch nicht verhältnismäßige Spaltung gem § 9 Abs 3 SpaltG für zulässig erachtet (vgl *Kalss/Zollner*, Kapitalmarktrechtliche Überlegungen zum „Squeeze out“ börsennotierter Unternehmen, ÖBA 2004, 237). Vgl *Gall/Potyka/Winner*, Squeeze-out Rz 9 ff; *Kalss/Zollner*, Squeeze-out, Einleitung.

2) Der Prüfbericht nach § 3 Abs 2 GesAusG wird vom Wirtschaftsprüfer im Vorfeld des Bewertungsstichtags nach § 2 Abs 1 GesAusG (dem Zeitpunkt der Beschlussfassung) erstellt. Da sich Änderungen des Wertes des Unternehmens auf die Angemessenheit der Barabfindung zwischen Prüfdatum und Zeitpunkt der Beschlussfassung auswirken, ist durch den Prüfer zu bestätigen, dass sich an der Angemessenheit im Zeitpunkt der Beschlussfassung nichts geändert hat.

3) Wirtschaftlich betrachtet kann es innerhalb der Grenzen der nach § 879 ABGB sittenwidrigen oder der nach § 198 Abs 2 AktG unbegründeten Rechtsführung oftmals zielführender sein, die Beschlussfassung über den Geschafterausschluss mit Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage zu bekämpfen, als die Barabfindung im Rahmen des Überprüfungsverfahrens nach § 225c bis § 225m AktG gerichtlich prüfen zu lassen.

4) *Jabornegg/Strasser*, AktG⁴ § 47a Rz 5 ff.

5) *Jabornegg/Strasser*, AktG⁴ § 65 Rz 62 mit Verweis auf *Kalss*.

6) Siehe Schutz des Eigentumsrechtes in Art 5 StGG 1867 und Art 1. des 1. ZPMRK. Vgl *Kalss/Zollner*, Squeeze-out, Einleitung Rz 10. Anders EuGH 15. 10. 2009, C-101/08, vgl RdW 2009/811. Erwerb der Kontrollmehrheit führt nicht dazu, dass Hauptaktionär Aktien der Minderheitsaktionäre zu gleichen Bedingungen aufkaufen muss.

oder nicht, oder ob er für oder gegen den Ausschluss gestimmt hat, eine gleich hohe Ausgleichszahlung zu,⁷⁾ da gemäß § 47a AktG Aktionäre unter den gleichen rechtlichen und faktischen Bedingungen gleich zu behandeln sind. Von diesem zwingenden Verbot⁸⁾ der Ungleichbehandlung sind sowohl formale als auch unsachliche Differenzierungen⁹⁾ umfasst. Ausnahmen vom Gleichbehandlungsgrundsatz sind nur zulässig, sofern bestimmte Anteile mit Sonderrechten verbunden sind.¹⁰⁾

3. Nichteinbeziehung der Gesellschaft als Inhaber eigener Aktien und verbundene Unternehmen

Maßgebliches Argument für die Nichtberücksichtigung der eigenen Aktien ist nach *Kalss/Zollner* der Umstand, dass nach § 1 Abs 2 GesAusG eigene Anteile der Gesellschaft oder Anteile, die einem anderen für Rechnung der Gesellschaft gehören, vom Gesamtnennkapital bzw von der Gesamtzahl der Stückaktien abzuziehen sind.¹¹⁾ So geht aus dem Materialien zu § 1 GesAusG hervor, dass eigene Aktien aus der Berechnungsbasis für den 90%igen Schwellenwert in Anlehnung an § 231 Abs 1 Z 1 AktG ausgeschieden werden.¹²⁾

Im Gegensatz dazu werden die eigenen Aktien der Kapitalgesellschaft den Gesellschaftern nach dem Verhältnis ihrer Anteilsrechte gemäß § 2 Abs 1 UmwG zugerechnet.

Nach § 1 Abs 3 GesAusG gelten Anteile an Unternehmen, die mit dem Hauptgesellschafter verbunden sind, als diesem zugehörig, wobei die Verbindung im letzten Jahr vor der Beschlussfassung bestanden haben muss. Das mit dem Hauptgesellschafter verbundene Unternehmen wird in den 90%igen Schwellenwert nach § 1 Abs 2 GesAusG daher einbezogen. § 228 Abs 3 UGB bestimmt, dass verbundene Unternehmen solche Unternehmen sind, die nach den Vorschriften über die vollständige Zusammenfassung der Jahresabschlüsse verbundener Unternehmen (Vollkonsolidierung) in den Konzernabschluss eines Mutterunternehmens gemäß § 244 UGB einzubeziehen sind, welches als oberstes Mutterunternehmen den am weitestgehenden Konzernabschluss aufzustellen hat, auch sofern die Aufstellung unterbleibt.¹³⁾

Eine Kapitalgesellschaft mit Sitz im Inland ist nach § 244 Abs 2 UGB stets zur Aufstellung eines Konzernabschlusses und eines Konzernlageberichtes verpflichtet (Mutterunternehmen), wenn ihr bei einem Unternehmen (Tochterunternehmen) die Mehrheit der Stimmrechte der Gesellschafter oder das Recht zusteht, die Mehrheit der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans zu bestellen oder abzuberufen, und sie gleichzeitig Gesellschafter ist oder einen beherrschenden Einfluss ausüben kann. Weiters ist ein Konzernabschluss erforderlich, wenn aufgrund eines Vertrages mit einem oder mehreren Gesellschaftern des Tochterunternehmens ein Ent-

scheidungsrecht besteht, wie Stimmrechte der Gesellschafter unter bestimmten Voraussetzungen auszuüben sind.¹⁴⁾ Nach den Gesetzesmaterialien zu § 1 Abs 3 GesAusG kommt es nicht darauf an, dass gerade Tochtergesellschaften des Hauptgesellschafters die Anteilsinhaber sind. Auch Mutter oder Schwester-gesellschaften kommen für die Zurechnung in Betracht.¹⁵⁾

4. Umgehung der einjährigen Mindestdauer bei verbundenen Unternehmen

Nach den Gesetzesmaterialien zum GesAusG erweist es sich als Gesetzesintention, die eigenen Aktien bei der Schwellenwertberechnung nicht mit einzubeziehen. Eigene Aktien der Gesellschaft wie auch die Anteile verbundener Unternehmen müssen daher vor dem Gesellschafterausschluss nicht auf den Hauptgesellschafter übertragen werden. Für die Einrechnung der Anteile von verbundenen Unternehmens nach § 1 Abs 3 GesAusG ergibt sich das Erfordernis des Bestehens einer durchgehenden einjährigen Verbindung vor dem Zeitpunkt des Beschlusses über den Gesellschafterausschluss. Aus den Gesetzesmaterialien geht hervor, dass die einjährige Mindestdauer vor zu kurzfristigen Gruppenbildungen schützen soll und daher zwingend ist.¹⁶⁾ Sofern die Verbindung zu dem Unternehmen seit mehr als einem Jahr besteht, werden die Anteile des verbundenen Unternehmens an der Squeeze-out-Gesellschaft dem Hauptgesellschafter zugerechnet und daher nicht auf diesen nach § 5 Abs 4 GesAusG übertragen.

Sinn und Zweck dieser Regelung besteht offensichtlich darin, Zusammenschlüsse von Gesellschaftern zulasten anderer Gesellschafter ausschließlich aus dem Grund des Ausschlusses dieser Gesellschafter zu erschweren.¹⁷⁾ Nach einer mehr als einjährigen Verbindung ist nach der Gesetzesintention daher nicht mehr davon auszugehen, dass die Verbindung nur aufgrund des Ausschlusses anderer Gesellschafter erfolgte. Gegen die Zusammenrechnung der Beteiligungen bloß syndizierter Gesellschaftergruppen spricht weiters auch die Instabilität solcher Gruppen. Durch die Einbeziehung einer Holdingkonstruktion kann die einjährige Behaltefrist nicht umgangen werden, sofern durch die Einbringung in die Holding-Gesellschaft die Voraussetzungen für den Ausschluss erst geschaffen werden.¹⁸⁾

Nach der zur deutschen Parallelregelung ergangenen Jud des BGH¹⁹⁾ genügt es, dass der Hauptgesellschafter seine Quote durch Anteile erreicht, die ihm von Familienangehörigen, die nicht ausgeschlossen werden sollen, geliehen werden. Nach *Ch. Nowotny* ist diese Judikatur wegen der Jahresfrist bei der Zurechnung im Unternehmensverbund gemäß § 1 Abs 3 GesAusG nicht unmittelbar auf die österr Rechtslage übertragbar, jedoch soll es analog ausreichen, wenn eine aufgrund von Syndikatsvereinbarungen oder Familienzugehörigkeit gebildete und bereits ein Jahr bestehende Gruppe über 90 % der Anteile verfügt und den Ausschluss der übrigen Gesellschafter beschließt.²⁰⁾

7) Ausnahmen bestehen jedoch für den Fall, dass bestimmte Gesellschaftsanteile mit Sonderrechten verbunden sind, § 2 Abs 1 letzter Satz GesAusG.

8) *Jabornegg-Geist in Jabornegg/Strasser*, AktG⁴ § 47a Rz 2.

9) *Jabornegg/Strasser*, AktG⁴ § 47a Rz 5 ff; *Harald Schröckenfuchs*, Der Gleichheitsgrundsatz und die Information durch die Gesellschaft, JBl 2003, 541.

10) *Kalss/Zollner*, Squeeze-out § 2 Rz 11. Bei der Bemessung der Barabfindung ist nach § 2 Abs 1 GesAusG zu ermitteln, ob Aktionären als Sonderrechtsinhabern Sonderrechte entzogen werden.

11) *Kalss/Zollner*, Squeeze-out § 2 Rz 2. Die eigenen Anteile werden vom Abschlussrecht nicht umfasst und damit bestehe auch kein Anspruch auf eine angemessene Barabfindung. Begründet wird dies im Wesentlichen damit, dass eigene Anteile bei der Berechnung des Schwellenwerts nach § 1 Abs 2 GesAusG abzuziehen sind.

12) Vgl *Jabornegg/Strasser*, AktG⁴ § 231 Rz 7. Vgl ErlRV 1334 BlgNR 22 zu § 1.

13) Dies gilt sinngemäß, wenn das oberste Mutterunternehmen seinen Sitz im Ausland hat.

14) Art 1 Abs 1 Siebente Richtlinie des Rates vom 13. 6. 1983 aufgrund von Art 54 Abs 3 Buchst g des Vertrages über den konsolidierten Abschluss (83/349/EWG), (ABl L 193 vom 18. 7. 1983, S 1).

15) Materialien zu § 1 GesAusG (abgedruckt bei *Kalss/Zollner*, Squeeze-out § 1).

16) Vgl ErlRV 1334 BlgNR 22 zu § 1.

17) Anders bei der nicht verhältnismäßigen Spaltung, vgl *Kalss/Zollner*, Squeeze-out § 8 Rz 6.

18) *Gall/Potyka/Winner*, Squeeze-out Rz 158 ff. Ein Umgehungsfall ist insb auch dann anzunehmen, wenn die Holdinggesellschaft innerhalb eines Jahres nach der Eintragung des Ausschlusses liquidiert wird.

19) E des BGH II ZR 302/06 DB 2009, 1004.

20) *Ch. Nowotny*, RdW 2009, 509: Kurzfristige Anteilsübertragungen sind missbräuchlich, wenn sie der Herstellung einer 90%-Mehrheit durch unverbun-

Kurzfristige Anteilsübertragungen sind unter diesen Voraussetzungen nicht erforderlich, sofern die einjährige Behaltefrist dadurch nicht umgangen werden kann. Von Interesse ist nun, ob nicht ein ähnlicher Effekt der spontanen Gruppenbildung durch den Rückkauf eigener Aktien erreicht werden kann.

5. Ausweitung der Mindestdauer für die Zurechnung bei eigenen Anteilen

Eigene Anteile der vom Squeeze-out betroffenen Gesellschaft, welche diese nach den Bestimmungen der § 65 ff AktG erworben hat, werden dem Hauptgesellschafter ebenso zugerechnet, wie Anteile an verbundenen Unternehmen. Die Squeeze-out-Gesellschaft ist ebenso wie das verbundene Unternehmen nach § 1 Abs 3 GesAusG ein verbundenes Unternehmen iSd § 228 Abs 3 UGB, sofern das Maß der Beteiligung einen konsolidierten Jahresabschluss erfordert und damit die Voraussetzungen nach § 228 Abs 3 iVm § 244 Abs 2 UGB erfüllt. Wirtschaftlich betrachtet macht es keinen Unterschied, ob der Hauptgesellschafter die Anteile der anderen Aktionäre erwirbt, um die erforderliche Mehrheit nach § 1 Abs 1 GesAusG zu erreichen, oder ob die Gesellschaft durch ihren Hauptgesellschafter eigene Anteile der Gesellschaft im Rahmen der Bestimmung des § 65 Abs 1 Z 5 AktG rückkauft. Aufgrund der 90%igen Beteiligung und des damit verbundenen Einflusses auf die vom Squeeze-out betroffene Gesellschaft ist daher unzweifelhaft von der Möglichkeit einer Einflussnahme des Hauptgesellschafters auf das Ausmaß seiner Beteiligung durch den Rückkauf eigener Aktien im Vorfeld eines Squeeze-out auszugehen.²¹⁾

6. Systematische Interpretation anhand von § 7 Abs 2 GesAusG

§ 7 Abs 2 GesAusG erwähnt nicht den Tatbestand der eigenen Aktien, sondern verweist auf die Nichteinbeziehung „nicht stimmberechtigter Aktien“. Im Gegensatz zum Abzug eigener Aktien nach § 1 Abs 2 GesAusG erfordert der Anwendungsfall des § 7 Abs 2 GesAusG beim Ausschluss nach Übernahmeangebot keine Bereinigung des Nenners und daher keinen Abzug eigener Aktien.²²⁾ Im Fall von § 7 GesAusG werden die eigenen Aktien vom Ausschluss auch nicht umfasst, da nur die stimmberechtigten Aktien vom Ausschluss umfasst sind (§ 7 Abs 2 Satz 2 GesAusG) und das Stimmrecht bei eigenen Aktien nach § 65 Abs 5 AktG ruht. Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass die eigenen Aktien im Anwendungsfall des § 7 GesAusG bei der Berechnung des 90%igen Schwellenwerts nicht abgezogen werden und bei der Berechnung dem Hauptaktionär daher nicht wie im Gegensatz zur Berechnung nach § 1 Abs 2 GesAusG zugute kommen, dh seinen Anteil nicht automatisch erhöhen. Sofern die eigenen Anteile der Gesellschaft durch Nichtberücksichtigung den Anteil des Hauptgesellschafters nicht automatisch erhöhen, stellt sich auch nicht die Frage des Vorliegens einer Konzernverbundenheit nach § 1 Abs 3 GesAusG, da ihm die eigenen Anteile der Gesellschaft bei der Berechnung seines Schwellenwerts ohnehin nichts nützen. Werden die Anteile jedoch hingegen nach ausdrücklicher Anordnung von § 1 Abs 2 GesAusG nicht berücksichtigt, kommen sie dem Hauptaktionär

dene Gesellschaften dienen.

21) Die Erstellung eines freiwilligen Übernahmeangebots im Vorfeld des Squeeze-out kommt dem Rückkauf eigener Aktien bei der Durchführung einer nicht verhältnismäßigen Spaltung nach § 9 und § 11 SpaltG gleich. Vgl dazu *Jabornegg/Strasser*, AktG⁴ § 65 Rz 38.

22) Vgl ErlRV 1334 BlgNR 22 zu § 7.

nach § 1 GesAusG wegen der Nichtberücksichtigung beim Schwellenwert zugute und dieser wird dadurch besser gestellt, als der Hauptaktionär nach § 7 GesAusG. Es erscheint daher gerechtfertigt, die einjährige Behaltefrist auf die Berechnung des Schwellenwerts anzuwenden, da der Abzug der eigenen Aktien den Hauptaktionär beim Squeeze-out nach § 1 Abs 1 GesAusG besserstellt.

Der Vorrang der Zurechnungsregel des § 1 Abs 3 GesAusG scheint nur in einem Fall gelockert zu sein: Nach § 7 Abs 2 Satz 4 GesAusG sind Anteile von gemeinsam iSd ÜbG vorgehenden Rechtsträgern zusammenzurechnen, sofern diese im Übernahmeverfahren gemeinsam als Bieter auftreten.²³⁾ Dies allein kann jedoch nicht rechtfertigen, dass die Anteile von Bietern nach ÜbG ohne Weiteres bei der Berechnung des Schwellenwerts zusammenzurechnen sind. Die Materialien halten nämlich dazu weiters fest, dass es eben nicht ausreicht, wenn bloß gemeinsam vorgehende Rechtsträger im übernahmerechtlichen Sinn die Anteile gemeinsam halten.²⁴⁾ Nach Ansicht der Autoren kann durch diese Bestimmung die einjährige Konzernverbundenheit nach § 1 Abs 3 GesAusG bei extensiver Interpretation des § 7 Abs 2 Satz 4 GesAusG uU ausgehebelt werden. Da bei der vom Squeeze-out betroffenen Gesellschaft aufgrund der Vollkonsolidierung nach § 228 Abs 3 UGB iVm § 244 UGB unzweifelhaft ein verbundenes Unternehmen vorliegt, ist die Gesellschaft als Inhaberin eigener Aktien nur dann als verbundenes Unternehmen anzusehen und in die Schwellenwertberechnung für den Hauptaktionär vorteilhaft in Abzug zu bringen, wenn die Voraussetzung des § 1 Abs 3 GesAusG, nämlich die einjährige Behaltdauer, erfüllt ist.

7. Kriterium der Verschiedenartigkeit der Zurechnung

Wie bereits ausgeführt werden die eigenen Anteile werden nach § 1 Abs 2 GesAusG von der Gesamtzahl der Aktien abgezogen und daher aus der Betrachtung vom Gesetzgeber zur Gänze ausgeklammert. Demgegenüber werden die Anteile von verbundenen Unternehmen nach einjähriger Behaltdauer dem Mehrheitsaktionär wie seine eigenen Anteile zugerechnet. Die Unterscheidung zwischen der Behandlung des Inhabers eigener Aktien und des verbundenen Unternehmens nach § 1 Abs 1 GesAusG umfasst daher die Art ihrer Berücksichtigung.²⁵⁾ Die Beteiligung des Hauptgesellschafters wächst bei verbundenen Unternehmen anteilmäßig stärker an als die eigenen Anteile. Ein kurzes Rechenbeispiel soll dies verdeutlichen: Der Hauptgesellschafter besitzt 88 % an einer Gesellschaft. Der Rest von 12 % ist auf Minderheitsgesellschafter aufgeteilt. Nun erwirbt die Gesellschaft nach § 65 Abs 1 Z 5 AktG im Zuge eines freiwilligen Übernahmeangebots zur Entschädigung der Minderheitsaktionäre eigene Aktien von den Minderheitsgesellschaftern in Höhe von 8 %. Die restlichen 4 % werden im Squeeze-out-Verfahren miteinbezogen. Die neuen Beteiligungsquoten, die auch für die Schwelle des § 1 GesAusG gelten, ergeben sich folgendermaßen: Hauptgesellschafter: 95,65 %, Minderheitsgesellschafter: 4,35 %. Erwirbt der Hauptgesellschafter demgegenüber die 8 % der Minderheitenaktionäre direkt, so steht ihm gegenüber den Minderheitenaktionären ein Anteil von 96 % zu. In diesem Fall greift die einjährige Behaltefrist nach § 1 Abs 3 GesAusG.

23) *Gall/Potyka/Winner*, Squeeze-out Rz 408.

24) Vgl ErlRV 1334 BlgNR 22 zu § 7.

25) Vgl ErlRV 1334 BlgNR 22 zu § 1 auf § 231 Abs 1 Z 1 AktG.

Trotz dieser graduellen Verschiebung macht es für den Gesellschafterausschluss wirtschaftlich keinen Unterschied, auf welche Weise er die 90%ige Schwelle erreicht. Die einjährige Behaltefrist kann daher durch den Erwerb eigener Aktien durch die Einschaltung der vom Squeeze-out betroffenen Gesellschaft vom Hauptgesellschafter umgangen werden, sofern der Hauptaktionär durch „seine“ Gesellschaft den Rückkauf eigener Aktien über § 65 Abs 1 Z 5 AktG anordnet. Eine Ausweitung der einjährigen Behaltefrist auf die Gesellschaft als Inhaber eigener Aktien erscheint daher auch aus diesem Grund sinnvoll.

8. Verschiedenartigkeit der freien Verfügung

Ein weiterer Unterschied besteht darin, dass über die verbundenen Unternehmen frei verfügt werden kann. Es steht dem Hauptgesellschafter frei, Anteile an anderen Unternehmen mit Aktionärsstellung zur Bildung einer 90%igen Mehrheit zu erwerben. Die rigiden Regeln über den Erwerb eigener Aktien werden durch die Möglichkeit des Ausschlusses, wie bereits erwähnt, durch § 65 Abs 1 Z 5 AktG erheblich aufgelockert. Der Erwerb eigener Aktien nach § 65 Abs 1 Z 5 AktG ermöglicht Aktienrückkäufe, sofern dies im gesetzlich zulässigen Rahmen für die Entschädigung von Minderheitenaktionären vorgesehen ist. Einschlägig sind nach der hL unzweifelhaft jene Fälle, nach welchen die AG verpflichtet ist, Aktien zurückzunehmen und den Aktionären ein Austrittsrecht zusteht.²⁶⁾ Erfasst sind damit jedenfalls die gesetzlichen Austrittsrechte der nicht verhältnismäßigen und der rechtsformübergreifenden Spaltung nach § 9 und § 11 SpaltG. Erforderlich ist dabei eine rechtliche Verpflichtung zu Rücknahme der Aktien. Nach der hL kann § 65 Abs 1 Z 5 AktG überdies analog auf jeden Fall einer gesetzlichen Rücknahmeverpflichtung ausgedehnt werden.

9. Ausdehnung der einjährigen Behaltefrist auf den Fall des § 65 Abs 1 Z 5 AktG

In weiterer Folge ist es von Interesse, ob es der Gesetzesintention entspricht, die einjährige Behaltedauer des § 1 Abs 3

GesAusG auf den Erwerb eigener Aktien nach § 65 Abs 1 Z 5 AktG GesAusG auszudehnen. Eine Ausdehnung der einjährigen Behaltedauer scheint dann gerechtfertigt zu sein, wenn eine Vergleichbarkeit zwischen Ausschlüssen nach dem GesAusG und jenen nach SpaltG in wirtschaftlicher Betrachtungsweise gegeben ist. Vor dem Inkrafttreten des GesAusG war die nicht verhältnismäßige Spaltung das Instrument einer betriebswirtschaftlich motivierten Unternehmensteilung unter Abspaltung unliebsam gewordener Minderheitenaktionäre in eine Cashbox.²⁷⁾ Den gleichen wirtschaftlichen Nutzen verfolgt gesetzgeberisch nachgeschaltet der Ausschluss von Minderheitenaktionären nach § 1 GesAusG. Ähnlich wie bei der nicht verhältnismäßigen Spaltung können die Minderheitenaktionäre nach § 1 GesAusG gegen Gewährung einer Barabfindung aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden. Die Barabfindung bestimmt sich bei der nicht verhältnismäßigen Spaltung in aller Regel nach dem Liquidationsüberschuss der Cashbox. Im Anwendungsbereich des GesAusG wird die Barabfindung nach der Bestimmung des § 2 GesAusG gewährt. Aus dem Blickwinkel des Minderheitenaktionärs sind beide Verfahren, wirtschaftlich betrachtet, praktisch ident.

Der Hauptaktionär kann daher die Behaltefrist von einem Jahr gemäß § 1 Abs 3 GesAusG dadurch umgehen, dass er selber von den Minderheitenaktionären durch ein freiwilliges Übernahmeangebot Aktien erwirbt, oder indem er durch die vom Squeeze-out betroffenen Gesellschaft Aktien nach § 65 Abs 1 Z 5 AktG rückkauft. Würde dem Hauptaktionär auf diesen Wegen eine Überschreitung des 90%igen Schwellenwerts nach § 1 Abs 2 GesAusG eröffnet werden, wäre eine analoge Anwendung der einjährigen Behaltefrist auch im Verhältnis Hauptgesellschafter und vom Squeeze-out betroffene Gesellschaft geboten. Da der Gleichbehandlungsgrundsatz nach § 47a AktG gemäß § 65 Abs 1b AktG auf den Erwerb und die Veräußerung eigener Aktien durch die Gesellschaft zwingend anzuwenden ist, schlägt er daher wirtschaftlich auf den Hauptaktionär durch. Eine Ausdehnung der einjährigen Behaltedauer im Verhältnis Hauptgesellschafter und Squeeze-out Gesellschaft auf den Anwendungsfall des Rückkaufs eigener Aktien scheint daher insgesamt geboten.

26) Jabornegg/Strasser, AktG⁴ § 65 Rz 38.

27) Kalsß/Zollner, Squeeze-out, Einleitung Rz 3.



Der Autor:

Mag. Florian Pröll ist Rechtsanwaltsanwärter bei Kerres Partners und in allen Bereichen des außerstreitigen und streitigen Wirtschaftsrechts sowie des Stiftungsrechts tätig. Er ist Autor von mehreren einschlägigen Fachpublikationen und Dissertant an der Universität Zürich zum Thema Stiftungsrecht.

Die Autorin:

Mag. Daniela Gartner ist Rechtsanwaltsanwärterin bei Kerres Partners und betreut die Rechtsgebiete des Zivilrechts sowie des öffentlichen Rechts. Sie ist außerdem Dissertantin an der Universität Wien zum Thema Verfassungsrecht.



- ➔ Kurze Fachartikel mit Praxistipps
- ➔ Übersicht über den aktuellen Stand wichtiger Gesetzesvorhaben
- ➔ Die neuesten zivilrechtlichen Entscheidungen kurz und bündig
- ➔ Alles zum Thema Zivilrecht aus der Fachwelt

Jetzt gratis das ZAK-Portal nutzen & Probe lesen: zak.lexisnexus.at!

zak.lexisnexus.at

Jahresabonnement 2010
22 Ausgaben um nur € 139,-
 (Online-Archiv inklusive!)

Bestellen Sie unter:
 Tel.: (01) 534 52-5555
 Fax: (01) 534 52-141

E-Mail: bestellung@lexisnexus.at