

Mag. Slavica Vanovac
Rechtsanwältin

office@vanovac.at

DR. MARTIN LÖFFLER
RECHTSANWALT

martin.loeffler@ljlaw.at

PER E-MAIL: team.z@bmrvdj.gv.at
Bundesministerium f
Verfassung, Reformen, Deregulierung und Justiz
Museumsstraße 7
1070 Wien

KOPIE AN: Präsidium des Nationalrates
begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

Wien, am 15. Mai 2019

Betreff: Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Aktiengesetz, das SE-Gesetz
Und das Übernahmegesetz geändert werden (Aktienrechts-
Änderungsgesetz 2019 – AktRÄG
Gerichtliche Überprüfung des Umtauschverhältnisses

Sehr geehrte Damen und Herren,

binnen offener Frist nehmen wir zu der vorgeschlagenen Reform der Bestimmungen des Aktiengesetzes zur gerichtlichen Überprüfung des Umtauschverhältnisses wie folgt Stellung:

1) Gremium zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses

Die vorgeschlagene Umwandlung des Gremiums zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses in ein reines Schlichtungsgremium verbunden mit einer Neunmonatsfrist und der Möglichkeit, das Gremium mehrfach zu befassen, beseitigt uE nicht die bestehenden Schwächen des Verfahrens, sondern schafft sogar neue Hindernisse für die rasche Verfahrensabwicklung.

Begründung:

Das Gremium zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses (im Folgenden das „Gremium“) hat nach der geltenden Rechtslage zwei Rollen: jene des Sachverständigen gemäß § 225g Abs 1 AktG und jene des Streitschlichters gemäß § 225h Abs 1 AktG. Seiner Rolle, nicht nur „*eine als Sachverständiger tätige Kommission, sondern zugleich auch ein mit Aufgaben eines Gerichts betrautes und mit fachkundigen "Laienrichtern" besetztes "Entscheidungsorgan", das nicht nur selbständig bestimmen kann, welche Urkunden die Parteien vorzulegen haben und welche Auskünfte*

ihnen abverlangt werden, sondern das zur Erfüllung seiner Aufgaben auch eine rechtliche Beurteilung vorzunehmen hat“ wie auch generell „*materielle verfahrensleitende Schritte zur Stoffsammlung*“ zu setzen hat, (6 Ob 213/13x) ist das Gremium jedoch in der Praxis nie nachgekommen. Das Gremium war von wenigen Ausnahmefällen abgesehen, schon bisher stets ein Schlichtungsorgan, das mit mehr oder weniger Eifer bemüht war, alleine auf der Grundlage eines von ihm beauftragten externen Gutachtens einen Vergleich zwischen den Verfahrensparteien herbeizuführen. Risiken und Chancen, die sich aus unterschiedlicher Beurteilung der offenen Rechtsfragen oder aus künftigen vom Gremium nicht aufgenommenen Beweisen sowie unterschiedlichen Bewertungsansätzen ergeben, sind, neben den Verfahrenskosten, genauer jener Spielraum, den die Parteien für den Abschluss eines Vergleichs selbst zu beurteilen hatten.

Gründe dafür, dass – entgegen der ursprünglichen gesetzgeberischen Intention – im Regelfall ein externes Gutachten über den Unternehmenswert eingeholt wurde, liegen einerseits in der inadäquaten Entlohnung des Gremiums gemäß § 225m Abs 6 AktG andererseits in der Komplexität der Materie – insbesondere, wenn es sich um börsennotierte Gesellschaften handelt. So gesehen läge tatsächlich der Schluss nahe, dass man das Gremium auch gesetzlich mit jener Aufgabe betrauen kann, der das Gremium in der Praxis am Besten nachkommt – nämlich jener eines schlichten Schlichtungsorgans.

Damit beseitigt man jedoch nicht jene Schwächen des Verfahrens, die bislang zur überlangen Verfahrensdauer geführt haben, sondern vertieft diese sogar noch. Diese Schwächen sind:

- Das Gremium besteht aus mehreren nebenberuflich tätigen Mitgliedern, sodass die Suche nach einem Verhandlungstermin sehr langwierig sein kann.
- Der Vorsitzende des Gremiums ist ein pensionierter Richter; ob dieser seinen Aufgaben emsig nachgeht, ist besonders personenabhängig.
- Das Verfahren zur Überprüfung des Umtauschverhältnisses ist nicht das Kerngeschäft der FMA, welche gemäß § 225g Abs 3 AktG für die Geschäftsführung und die Kanzleigeschäfte des Gremiums zuständig ist. Dies führt dazu, dass die Kanzleigeschäfte häufig nicht jene Aufmerksamkeit und personelle Ausstattung erhalten, die erforderlich wäre, um die Verfahren effizient voranzubringen. Auch die Suche nach einem freien Raum für ein Massenverfahren hat sich in der Vergangenheit immer wieder als ein Hindernis erwiesen.

- Auf Grund dieser Schwächen vergehen oft Monate zwischen einzelnen Verhandlungsterminen. In den nunmehr im Gesetzesentwurf vorgesehenen neun Monaten findet oft – wenn überhaupt – nur ein einziger Verhandlungstermin statt.
- Das Gremium besteht bei börsennotierten Gesellschaften aus fünf Mitgliedern. Streitschlichtung durch fünf Personen ist weder sinnvoll noch effizient. In Massenverfahren, wie das die gerichtliche Überprüfung des Umtauschverhältnisses ist, sind Vergleiche generell schwierig zu erzielen. Je mehr Antragsteller am Verfahren teilnehmen, desto schwieriger ist ein Vergleich vor dem Gremium / Gericht. In der Praxis des Gremialverfahrens hat sich daher vielfach die Praxis herausgebildet, dass – bei vorhandener Vergleichsbereitschaft aller Verfahrensbeteiligter – mit einer kleinen Gruppe der Antragsteller mit einer höheren Anzahl von Aktien sowie mit dem gemeinsamen Vertreter außerhalb des Gremiums verhandelt wird. Wird eine grundsätzliche Einigung erzielt, so bemüht sich dann die Verhandlungsgruppe um die Teilnahme anderer Antragsteller an einem Vergleich vor dem Gremium. Die Rolle des Gremiums bestand bislang vor allem darin, das Verfahren bis zum Abschluss des externen Sachverständigengutachtens zu führen, das die Grundlage für weitere Vergleichsgespräche zwischen den Parteien bildet sowie Anstoße für einen Vergleich zu geben. Wenngleich alle Besitzer wichtige Beiträge zum Verfahren leisten können, ist ein fünfköpfiges Gremium bereits nach der geltenden Rechtslage ineffizient und nicht sinnvoll. Umso mehr gilt das bei der angedachten Streitschlichtungsfunktion des Gremiums.
- Bereits nach der geltenden Rechtslage war es sowohl dem Antragsgegner als auch den Antragstellern als Gruppe möglich, in jedem Stadium des Verfahrens zu erklären, dass sie sich nicht vergleichen wollen. In diesem Fall ist das Gremium nach der geltenden Rechtslage verpflichtet, ein Gutachten zu erstatten und den Akt an das Gericht zu übermitteln. Die Gründe, warum dies, wenn überhaupt, nur selten erfolgte, lag nicht im Erfolgsmodell Gremium. Gerichtliche Überprüfung des Umtauschverhältnisses ist nach der geltenden Praxis ein Außerstreitverfahren vor dem Firmenbuchgericht. Die Firmenbuchgerichte sind für derartige Verfahren sowohl personell als auch räumlich ungeeignet. Gerichtliche Überprüfung des Umtauschverhältnisses ist ein Massenverfahren, an dem immer mehr Parteien teilnehmen. Firmenbuchverfahren ist hingegen ein Urkundenverfahren. Die zuständigen Firmenbuchrichter sind vielfach keine Verhandlungsrichter. Das Firmenbuch ist weder personell noch räumlich für die Massenverfahren ausgestattet.

Bei einer Wahl zwischen einem Vergleich vor dem Gremium oder einer – voraussichtlich langwierigen – Verfahrensführung vor dem Firmenbuchrichter, wählten die Parteien des Verfahrens bisher fast immer das Gremium.

Bei dem Reformvorhaben, die Aufgaben des Gremiums auf jene der Schlichtung zu reduzieren, wurden sämtliche organisatorische Schwächen der gerichtlichen Überprüfung des Umtauschverhältnisses beibehalten und sogar vertieft: Die Zuständigkeit des Firmenbuchgerichts wird ausgedehnt. Das Gremium wird in seiner Zusammensetzung beibehalten, wie auch die Geschäftsführung des Gremiums durch die FMA. Es gesellen sich nun dazu weitere Schwächen: Das Gericht hat nun die Möglichkeit, das Verfahren mehrmals an das Gremiums zu verweisen, sodass erfahrungsgemäß erwartet werden kann, dass unbeliebte Akte mehrmals zwischen Gericht und Gremium pendeln werden. Dadurch wird das Verfahren voraussichtlich sogar verlängert und nicht verkürzt. Das Gremium als Fachkompetenzzentrum für ganz Österreich geht verloren, die materielle Stoffsammlungs- und Entscheidungskompetenz verteilt sich nun auf alle Handelsgerichte in Österreich. Zugleich geht die Unmittelbarkeit des Verfahrens vor dem Gremium verloren. Das Gremium soll vielmehr künftig seiner Streitschlichtungskompetenz alleine auf Grund der Informationen im Akt nachkommen. Dies ist ein entscheidender Nachteil im Vergleich zur bestehenden Rechtslage. Als einziger Vorteil sticht jedoch heraus, dass das Gericht voraussichtlich – anders als das Gremium in seiner bisherigen Praxis – der materiellen Stoffsammlungskompetenz nachkommen wird und das Rechtsgespräch mit den Parteien führen kann. Dieses – wie auch jegliche Wahrnehmung über die einvernommenen Zeugen und sonstige aufgenommenen Beweise – wird dem Gremium jedoch, wenn überhaupt, nur aus dem Akt ersichtlich sein.

Lösungsvorschlag:

Alternative 1: Abschaffung des Gremiums + konzentrierte Zuständigkeit für das Verfahren bei einem Handelsgericht in Österreich (Fachkompetenzzentrum für Österreich – ähnlich dem Gremium) + Zuständigkeit eines Verhandlungsrichters und zwei fachkundiger Laienrichter, Alternative 2: Verkleinerung des Gremiums auf 3 Personen auch für börsennotierte Gesellschaften, Vergütung des Berichterstatters für die Arbeit außerhalb von Sitzungen, Beibehaltung der bisherigen Rolle des Gremiums mit der Verbesserung der Infrastruktur, Zuständigkeit von Verhandlungsrichtern an den Handelsgerichten

2) Kosten des Verfahrens

Die Bestimmung der Verfahrenskosten auf der Grundlage des Werts der individuell erstrittenen Zuzahlung oder Aktien widerspricht der *erga omnes* Wirkung der gerichtlichen Entscheidungen und erzielten Vergleiche im Überprüfungsverfahren. Jedes Vorbringen eines jeden Antragstellers und/oder des gemeinsamen Vertreters wirkt sich auf das Gesamtergebnis aus. Der Wert der individuell erstrittenen Zuzahlung oder Aktien ist daher keine adäquate Bemessungsgrundlage für die Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung der Antragsteller und des gemeinsamen Vertreters. Im Extremfall könnte dies dazu führen, dass ein Antragsteller mit nur einer Aktie zwar die meiste Arbeit im Überprüfungsverfahren verrichtet und die wichtigsten Argumente liefert, die letztlich zur Erhöhung der Barabfindung führen, jedoch den geringsten Kostenersatz aller Antragsteller erhält.

Der Wert der individuell erstrittenen Zuzahlung oder Aktien ist auch aus folgenden Gründen als Bemessungsgrundlage ungeeignet:

- Das Überprüfungsverfahren besteht – ähnlich einem Stufenverfahren – aus zwei Komponenten – aus der Überprüfung des Unternehmenswerts und einem sich daraus, wie auch aus der Lösung von Rechtsfragen ergebenden Leistungsanspruch. Die genannte Bemessungsgrundlage berücksichtigt lediglich den Leistungsanspruch.
- Der endgültige Gesamtwert der erstrittenen Zuzahlung oder Aktien und somit auch die individuellen Werte, die als Kostenbemessungsgrundlage heranzuziehen sind, stehen erst nach dem rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens fest. Die Kostenbestimmung kann aber – sollte dieses System beibehalten werden – erst nach rechtskräftigem Abschluss des Verfahrens erfolgen, da erst nach rechtskräftigem Abschluss des Überprüfungserfahrens feststeht, wie hoch eine allfällige Zuzahlung ist. Das widerspricht der gesetzlichen Regelung, wonach die Kostennoten am Schluss der mündlichen Verhandlung zu legen sind (§ 78 Abs 4 AußStrG iVm § 54 Abs 2 ZPO).
Der Gesetzesentwurf sieht kein besonders Kostenbestimmungsverfahren vor.

Die Mindestkostenbemessungsgrundlage gemäß § 14 lit a RATG idHv EUR 21.800 ist, insbesondere bei der Überprüfung des Wertes von börsennotierten Gesellschaften viel zu niedrig, um der Komplexität der Verfahren Rechnung zu tragen. Das ist insbesondere von Bedeutung für die Kosten des gemeinsamen Vertreters, der als Kurator am Verfahren teilnimmt.

3) § 225i

Die Verwendung des Begriffes *gewähren* statt *zusprechen* könnte die von Frau Univ.-Prof. Dr. Susanne Kalss in einem „Rechtsgutachten über die Verzinsung von baren Zuzahlungen im Rahmen der gerichtlichen Überprüfung der Barabfindung eines Gesellschafterausschlusses“ vertretene Ansicht verstärken, dass die im Überprüfungsverfahren zugesprochene Zuzahlung erst mit der Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung entsteht und aus diesem Grund erst mit dem Rechtskraft der Entscheidung fällig ist und zu verzinsen ist. Es handelt sich uE um eine dogmatisch falsche Ansicht, die – akzeptiert man sie als richtig – die Antragsgegner motiviert, Abfindungen möglichst gering zu halten, das Verfahren in die Länge zu ziehen, um mit dem billigen Geld arbeiten zu können.

4) Sonstiges

Große strukturelle Themen des Squeeze-outs oder des Verfahrens selbst (wie zB der Zugang zum Verfahren, die wesentliche Frage, in welchem Umfang die Überprüfung der Unternehmensbewertung zu erfolgen hat, die Fragen der Verzinsung der Ansprüche und zÄ) sind in der vorgeschlagenen Reform nicht angesprochen. Die vorgeschlagene Reform ist aus unserer Sicht ein Versuch, durch minimale Eingriffe in die bestehende gesetzliche Regelung Abhilfe für überlange Verfahrensdauer zu schaffen. Wir sind, wie dargelegt, der Ansicht, dass dieses Ziel durch die vorgeschlagene Reform nicht erreicht werden kann, weshalb die Reform des Gremialverfahrens als missglückt betrachtet werden muss.

RA Mag. Slavica Vanovac

RA Dr. Martin Löffler