

Rechtsprechung

Zivilrechtliche und strafrechtliche Entscheidungen

Bearbeitet von
RA Dr. Markus Kellner
unter Mitarbeit von

Dr. Fabian Liebel LL.M. (WU Wien)

OGH-Entscheidungen

2860.

<https://doi.org/10.47782/oeba202211083401>

§ 29 IO; § 19 UmgrStG. Die Einbringung eines Teilbetriebs in eine Gesellschaft, an der der Einbringende unmittelbar oder mittelbar allein beteiligt ist, erfüllt den Tatbestand des § 29 Z 1 IO jedenfalls dann nicht, wenn – wie hier – die übernehmende Gesellschaft nicht überschuldet ist.

OGH 12. 7. 2022, 17 Ob 13/21t

Aus der Begründung:

Der Kl ist MV im Konkurs der S GmbH (idF: Schuldnerin). Er ficht die Einbringung eines Teilbetriebs dieser Gesellschaft in die Bekl an. Diese Einbringung war mit Vertrag vom 21.9.2017 zum Stichtag 31.12.2016 erfolgt.

Die Gesellschaften waren bei Einbringung und sind auch derzeit über die Person des Ing. H miteinander verbunden:

- An der Schuldnerin waren bei Abschluss des Einbringungsvertrags Ing. H zu einem Prozent und eine (inzwischen ebenfalls insolvente) H GmbH (idF H GmbH) zu 99% beteiligt. Alleingesellschafter der H GmbH war wiederum Ing. H.
- Alleingesellschafterin der Bekl war bei Abschluss des Vertrags die Schuldnerin. Derzeit ist Alleingesellschafterin der Bekl eine ungarische Gesellschaft, deren Alleingesellschafter wiederum Ing. H ist.

Im Einbringungsvertrag vertrat Ing. H sowohl die Schuldnerin als auch die Bekl. Die Einbringung erfolgte nach § 19 Abs 2 Z 5 UmgrStG ohne Gewährung neuer Anteile an der übernehmenden Gesellschaft.

Die Gründung der Bekl und die Einbringung des Teilbetriebs diente der Vorbereitung des Einstiegs eines Investors. Gespräche darüber hatten im

März 2017 begonnen, wobei man für Mitte September das „Signing“ und bald darauf das „Closing“ in Aussicht genommen hatte. Dann kam es jedoch zu einer Verzögerung, die der Steuerberater der Schuldnerin gegenüber Ing. H als „kritisch“ für die Schuldnerin bezeichnete. Da das Investment „nicht vom Tisch war“, entschied Ing. H in Absprache mit dem Steuerberater, die Einbringung des Teilbetriebs in die Bekl „vorzuziehen“, damit beim Einstieg des Investors alles „fertig“ sei.

Zum Einstieg des Investors kam es nicht. Vielmehr wurde über das Vermögen der Schuldnerin am 2.11.2017 ein Sanierungsverfahren ohne Eigenverwaltung eröffnet, das am 22.5.2018 nach Bestätigung eines Sanierungsplans aufgehoben wurde. Mit Vertrag vom 5.10.2018 trat die Schuldnerin die Anteile an der Bekl zum Preis von 4 Mio an die ungarische Gesellschaft ab. Am 3.4.2019 wurde neuerlich ein Insolvenzverfahren eröffnet und der Kl zum Verwalter bestellt. Er trat wegen Nichtzahlung eines Kaufpreisteils vom Vertrag mit der ungarischen Gesellschaft zurück.

Der Kl ficht die Einbringung des Teilbetriebs nach § 28 Z 1 und 2 IO und § 29 Z 1 IO an. Zunächst begehrte er (mit Stufenklage) Rückübertragung des Teilbetriebs, iwF änderte er sein Begehren wegen Untunlichkeit der Rückübertragung (§ 39 Abs 1 IO) auf Zahlung von € 13.465.331,79 (Buchwert des Teilbetriebs). Die Einbringung sei unentgeltlich erfolgt, weswegen sie (auch) unmittelbar nachteilig sei. Die (unmittelbare) Nachteiligkeit ergebe sich auch daraus, dass die eingebrachten Werte nun anderen Gläubigern, nämlich jenen der Bekl, zur Verfügung stünden. Dies habe Ing. H als Geschäftsführer der Schuldnerin beabsichtigt. Der Kaufpreis für die Veräußerung des Geschäftsanteils an die ungarische Gesellschaft sei zu gering gewesen und noch dazu durch Aufrechnungen getilgt worden. Daher sei die angefochtene Rechtshandlung auch mittelbar nachteilig. Die Bekl habe den Anfechtungsanspruch im ersten Insolvenzverfahren anerkannt.

Die Bekl wendet ein, dass die Gläubiger durch die Einbringung wegen der dadurch bewirkten Wertsteigerung des Geschäftsanteils nicht benachteiligt worden seien; aus demselben Grund liege auch keine unentgeltliche Verfügung vor. Auch mittelbare Benachteiligung liege nicht vor, weil (schon) der tatsächlich gezahlte Kaufpreisteil angemessen gewesen sei.

Das *ErstG* sprach aus, dass die Klageforderung zu Recht und die Gegenforderung nicht zu Recht bestehe.

Das *BerG* sprach mit Zwischenurteil aus, dass das Klagebegehren dem Grun-

de nach zu Recht bestehe, und ließ die ordentliche Revision nicht zu.

Die Revision ist *zulässig*, [...]. Sie ist iSd Aufhebungsantrags *berechtigt*.

1. § 29 IO kann den Anfechtungsanspruch nicht tragen.

1.1. Nach § 29 Z 1 IO sind, von hier nicht vorliegenden Ausnahmen abgesehen, „unentgeltliche Verfügungen“ des Schuldners anfechtbar, die er in den letzten zwei Jahren vor Insolvenzeröffnung vorgenommen hat. Als zugrunde liegende Wertung wird regelmäßig genannt, dass der unentgeltliche Erwerber weniger schützenswert sei als der entgeltlich Erwerbende (Denkschrift zur Einführung einer Konkursordnung, einer Ausgleichsordnung und einer Anfechtungsordnung [1914] 36; *Bartsch/Pollak*, KO [1937] 187; *Koziol/Bollenberger* in Buchegger, *ÖInsolvenzR* 4 I § 29 KO Rn 2; *Rebernik* in Konecny, *InsG* § 29 IO Rn 1). *König/Trenker* (Anfechtung nach der IO⁶ Rn 9.1/1) verweisen zudem darauf, dass „Großzügigkeit“ nicht zu Lasten der Gläubiger gehen dürfe.

1.2. In Rsp und L wird das Vorliegen einer unentgeltlichen Verfügung einerseits (objektiv) durch das Fehlen einer konditional, kausal oder synallagmatisch verbundenen Gegenleistung charakterisiert (3 Ob 240/09d¹); *König/Trenker*, Anfechtung Rn 9.3; *Rebernik* in Konecny, *InsG* § 29 Rn 3). Andererseits wird aber auch betont, dass der Tatbestand von § 29 Z 1 IO nur erfüllt ist, wenn Zweck der Leistung Freigebigkeit ist (RS0033054), sodass es auf den (subjektiven) Willen des Leistenden ankommt (3 Ob 240/09d; 3 Ob 244/09t; 3 Ob 167/11x; *König/Trenker*, Anfechtung Rn 9.13; *Rebernik* in Konecny, *InsG* § 29 Rn 3; *Koziol/Bollenberger* in Buchegger, *ÖInsolvenzR* 4 § 29 Rn 4). Diese oft nebeneinander stehenden Begründungslinien sind nicht leicht vereinbar: Einerseits soll festgestelltes Fehlen von Schenkungsabsicht die Anfechtung schon auf der Tatsachenebene ausschließen (3 Ob 167/11x); andererseits soll es für die Beurteilung der Unentgeltlichkeit (offenbar allein) auf den „objektiven Sachverhalt“ ankommen (9 ObS 19/89). Vermittelnd wird ausgeführt, dass ein Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung oder gar das Fehlen einer Gegenleistung Schenkungsabsicht „indiziert“ (*König/Trenker*, Anfechtung Rn 9.14; 6 Ob 175/01f²). In der jüngeren L scheint sich die Meinung durchzusetzen, dass „zumindest iZw“ die „objektive Bewertung“ maßgebend

1) ÖBA 2010, 530.

2) ÖBA 2002, 814 mit Anm von *Bollenberger*.

ist (König/Trenker, Anfechtung Rn 9.14; Rebernig in Konecny, InsG § 29 IO Rn 6; für das dt Recht Klinck, ZIP 2017, 1589 ff).

1.3. Auf dieser Grundlage ist die hier strittige Einbringung eines Teilbetriebs ohne Gewährung neuer Anteile zu beurteilen.

(a) Diese Vorgangsweise wird steuerrechtlich in § 19 UmgrStG vorgezeichnet: Grundsätzlich muss die Einbringung ausschließlich gegen Gewährung von neuen Anteilen an der übernehmenden Körperschaft erfolgen, um ertragssteuerliche Nachteile (Gewinnrealisierung unter Anwendung von § 6 Z 14 lit b EStG) zu vermeiden (Huber/Grün in Wundsam/Zöchling/Huber/Khun, UmgrStG⁶ § 12 Rn 18; Furrer in Kofler, UmgrStG¹¹ § 19 Rn 1). Die Gewährung neuer Anteile kann allerdings in den in § 19 Abs 2 UmgrStG genannten Fällen unterbleiben. Diese Bestimmung erfasst einerseits bestimmte Abfindungen, Zuzahlungen und Anteilsaufgaben (Z 1 bis 4), andererseits das Unterbleiben der Gewährung neuer Anteile ua dann, wenn der Einbringende – wie hier – unmittelbar oder mittelbar Alleingesellschafter der übernehmenden Körperschaft ist (Z 5).

(b) Die letztgenannte Regelung wird in der gesellschaftsrechtlichen Praxis va bei Ausgliederungen in Anspruch genommen, um die sonst erforderliche Anwendung der Vorschriften über die Sachgründung bzw die Kapitalerhöhung zu vermeiden (Rüffler, Lücken im Umgründungsrecht 422; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 6a Rn 3; van Husen in WK GmbHG³ § 6a Rn 3). Diese Vorgangsweise ist – außer bei Überschuldung des eingebrachten Teilbetriebs – gesellschaftsrechtlich unbedenklich (Koppensteiner/Rüffler und van Husen aaO) und wird in der Rsp akzeptiert (RS0115150).

(c) Richtig ist, dass der 6. Senat des OGH die dargestellte Vorgangsweise mehrfach als „unentgeltliche“ Zuwendung bezeichnet hat (6 Ob 4/01h, weitere E in RS0115149). Allerdings hat er gleichzeitig darauf hingewiesen (6 Ob 4/01h; weitere E in RS0115150), dass

„die übertragende Gesellschaft auf Grund ihrer unmittelbaren oder mittelbaren Beteiligung an der übernehmenden Gesellschaft keine Vermögenseinbußen erleidet [...]. Die Aufgabe des Eigentums am eingebrachten Betrieb wird durch die Erhöhung des Werts der Beteiligung [...] an der übernehmenden Gesellschaft ausgeglichen (Hügel, Umgründungsbilanzen Rz 4.60). Eine Einlagenrückgewähr erfolgt nicht. Den Gläubigern wird weder Haftungsvermögen noch der Schuldner entzogen, weil durch die Einbringung – wie eingangs schon

ausgeführt – keine Gesamtrechtsnachfolge bewirkt wird.“

Unter Unentgeltlichkeit versteht der 6. Senat daher nur das (formale) Fehlen einer Gegenleistung; ein für jede unentgeltliche Zuwendung konstitutives Vermögensopfer erbringt der Einbringende aber auch nach Ansicht dieses Senats nicht.

(d) Diese Auffassung wird in der gesellschaftsrechtlichen L geteilt (Stanek, GesRZ 2018, 159; idS schon Rüffler, Lücken 423): Bei der Einbringung kommt es zu keiner Vermögenseinbuße des übertragenden Alleingeschafters, da das eingebrachte Vermögen in Höhe seines Verkehrswerts den Beteiligungsansatz an der Tochtergesellschaft erhöht. Es liegt daher nur eine betraglich neutrale Umschichtung des abgehenden Verkehrswerts auf den Beteiligungsansatz der Tochter und somit keine Vermögenseinbuße vor. Ähnlich wird aus steuerrechtlicher Sicht ausgeführt, dass der Einbringende unverändert am eingebrachten Vermögen beteiligt sei, eine Änderung ergebe sich nur in der gesellschaftsrechtlichen Struktur (UmgrStRL 2002, Rn 1062). Insb komme es zu keiner Verschiebung stiller Reserven, weil diese aufgrund der Beteiligung weiter dem Einbringenden zuzurechnen seien (UmgrStRL Rn 1061, 1063; Furrer in Kofler, UmgrStG¹¹ § 19 Rn 81).

(e) Das Fehlen einer Vermögenseinbuße beim Einbringenden schließt es bei der im Anfechtungsrecht gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise von vornherein aus, eine unentgeltliche Zuwendung iSv § 29 Z 1 IO anzunehmen. Denn die Anwendung dieser Bestimmung setzt jedenfalls ein Vermögensopfer des Schuldners voraus (Bartsch/Pollak, Konkursordnung 187). Liegt es nicht vor, stellt sich weder die Frage einer Gegenleistung noch jene der Schenkungsabsicht.

(f) Wohl nur in der Begründung anders ist die Auffassung von König/Trenker (Anfechtung Rn 9.27 FN 1622): Es sei „äußerst genau“ zu prüfen, ob der Einbringende wirklich „uneigennützig“ und nicht doch – zur Wertsteigerung seiner Beteiligung, zur Sanierung seiner Gesellschaft oder aus anderen Gründen – *causa societatis* handle. Damit verschieben diese Autoren die Prüfung auf die Ebene der Schenkungsabsicht. Selbst wenn man dem folgte, lag hier ein solcher Grund nach den Feststellungen des ErstG vor (Ausgliederung zur Vorbereitung des Einstiegs eines Investors); Freigebigkeit ist nicht einmal ansatzweise zu erkennen. Auch bei Abstellen auf die Absicht des Handelnden wäre daher keine unentgeltliche Verfügung iSv § 29 Z 1 IO anzunehmen.

(g) Entschiede man anders, wäre jede in den letzten zwei Jahren vor Insolvenzer-

öffnung nach § 19 Abs 2 Z 5 UmgrStG erfolgte Einbringung ohne weitere subjektive Voraussetzungen anfechtbar.

Dafür fehlte eine sachliche Rechtfertigung. Denn wäre dieselbe Einbringung anlässlich einer Gründung oder Kapitalerhöhung (§ 52 GmbHG) erfolgt und daher mit der Übernahme von Stammanteilen verbunden gewesen, bestünde wegen der dann erbrachten Gegenleistung der Gesellschaft kein Zweifel an der Entgeltlichkeit (Trenker, Insolvenzanfechtung gesellschaftsrechtlicher Maßnahmen 171; für das dt Recht Gleim, ZIP 2017, 1003 f). Die wirtschaftlich in jeder Hinsicht gleichwertige Vorgangsweise nach § 19 Abs 2 Z 5 UmgrStG muss – anders als von Gleim, ZIP 2017, 1004 ff, angenommen – zur Vermeidung eines Wertungswiderspruchs gleich behandelt werden. Ob das auch bei Überschuldung der übernehmenden Gesellschaft gilt, kann hier offen bleiben.

1.4. Als Zwischenergebnis ist daher festzuhalten, dass die Einbringung eines Teilbetriebs in eine Gesellschaft, an der der Einbringende unmittelbar oder mittelbar allein beteiligt ist, den Tatbestand des § 29 Z 1 IO jedenfalls dann nicht erfüllt, wenn – wie im hier zu beurteilenden Fall – die übernehmende Gesellschaft nicht überschuldet ist.

2. Ob die Anfechtung nach § 28 Z 1 IO berechtigt ist, kann nicht abschließend beurteilt werden.

2.1. Nach dieser Bestimmung sind Rechtshandlungen anfechtbar, die der Schuldner in den letzten zehn Jahren vor der Insolvenzeröffnung in der dem anderen Teil bekannten Absicht vorgenommen hat, seine Gläubiger zu benachteiligen. Die Anfechtung setzt daher einerseits die (objektive) Benachteiligung der Gläubiger und andererseits die darauf gerichtete Absicht der für den Schuldner handelnden Person – hier also des Ing. H – voraus. Weiters muss diese Absicht dem anderen Teil bekannt sein.

Lag Absicht vor, wäre das letztgenannte Erfordernis hier jedenfalls erfüllt, weil Ing. H die Rechtshandlung als Vertreter beider Teile vorgenommen hat. Sein Bewusstseinsstand ist daher auch der Bekl zuzurechnen (7 Ob 534/89³; König/Trenker, Anfechtung Rn 7.46). Damit spielt die in der Klage ebenfalls erwähnte Anfechtung nach § 28 Z 2 IO (bloßes Kennenmüssen der Benachteiligungsabsicht) keine eigenständige Rolle.

2.2. Nach der Rsp trifft den Verwalter die Beweislast für die Gläubigerbenachteiligung nur bei jenen Anfechtungsstatbeständen, in denen sie ausdrücklich als Anfechtungserfordernis genannt wird

3) ÖBA 1989, 1018.

(4 Ob 306/98y⁴); RS0111465, RS0111464). Daraus wird abgeleitet, dass der Beweis der Nachteiligkeit für die Anwendung von § 28 Z 1 IO nicht erforderlich ist (*König/Trenker*, Anfechtung Rn 7.50; *Rebernik* in Konecny, InsG § 28 IO Rn 10).

Ungeachtet dessen ist schon hier festzuhalten, dass die Einbringung im Einzelfall dazu führen kann, dass Gläubiger der übernehmenden Gesellschaft vorrangig auf das eingebrachte Vermögen zugreifen, was zulasten der Gläubiger des Einbringenden ginge; diesen ist der unmittelbare Zugriff auf die Vermögenswerte verwehrt. Weiters benachteiligt die Einbringung eines Teilbetriebs in eine Gesellschaft im Regelfall auch deswegen die Gläubiger des Einbringenden, weil die exekutive Verwertung eines Geschäftsanteils schwieriger ist als jene von körperlichen Sachen (3 Ob 51/10m⁵); *König/Trenker*, Anfechtung Rn 5.24; *Trenker*, Insolvenzanfechtung 162 ff; ebenso die hA in Deutschland, *Kayser/Freudenberg* in MüKo InsO⁴ § 129 InsO Rn 132).

Zwar könnte sich im Einzelfall auch Gegenteiliges ergeben, was *Trenker* (Insolvenzanfechtung 166) im – auch hier vorliegenden – Fall der Alleingesellschafterstellung des Einbringenden für möglich hält. Das könnte etwa dann zutreffen, wenn ein Teilbetrieb in ein bereits werbendes Unternehmen eingebracht wird und Synergieeffekte zu einer überproportionalen Erhöhung des Werts dieses Unternehmens (also der übernehmenden Gesellschaft) führen. Bei der Einbringung in eine neu gegründete, bisher nicht geschäftlich tätige Gesellschaft werden dem Wert der eingebrachten Sachen aber regelmäßig zumindest die Gründungskosten gegenüberstehen. In diesem Fall wird jedenfalls der erste Anschein für Nachteiligkeit sprechen.

2.3. Auf dieser Grundlage ist nach dem derzeitigen Stand des Verfahrens Gläubigerbenachteiligung anzunehmen. Fraglich ist allerdings die nach § 28 Z 1 IO erforderliche Benachteiligungsabsicht.

(a) Dabei genügt nach stRsp bedingter Vorsatz; der Handelnde muss daher die Benachteiligung der Gläubiger (nur) ernstlich für möglich halten und sich damit abfinden (RS0043680; *König/Trenker*, Anfechtung Rn 7.26; *Rebernik* in Konecny, InsG § 28 IO Rn 12). Ob das zutrifft, ist grds eine Tatfrage (RS0043680); rechtlich zu beurteilen ist nur, ob die festgestellten Vorstellungen des Handelnden als Benachteiligungsabsicht iSd § 28 KO zu werten sind

(RS0064178). Die Beweislast trifft den Kl (RS0064172).

(b) Ob Absicht iSd vorliegt, kann nicht abschließend beurteilt werden. Das ErstG hat zwar festgestellt, dass die Einbringung des Teilbetriebs der Vorbereitung des Einstiegs eines Investors diene. Das schließt jedoch – va angesichts der bald darauf erfolgten Insolvenzeröffnung – nicht aus, dass Ing. H eine Benachteiligung der Gläubiger der Schuldnerin ernsthaft für möglich hielt und sich damit abfand. Dazu hat das ErstG weder eine positive noch eine negative Feststellung getroffen.

3. Diese Erwägungen führen zur Aufhebung in die erste Instanz.

3.1. Das ErstG wird konkrete Feststellungen zu der vom Kl behaupteten Benachteiligungsabsicht zu treffen haben. Dabei ist insb von Bedeutung, wie realistisch der Einstieg des Investors noch war und ob aufgrund der schlechten wirtschaftlichen Situation der Schuldnerin nicht doch auch die zumindest temporäre Vereitelung von Vollstreckungsmaßnahmen ein (weiteres) Motiv für die Einbringung bildete. Ob dafür eine Ergänzung des Verfahrens erforderlich ist, bleibt der Beurteilung der Vorinstanzen überlassen. Wird Benachteiligungsabsicht (zumindest im Sinn von *dolus eventualis*) festgestellt, bestünde der Anspruch dem Grunde nach zu Recht.

3.2. Zur Klarstellung ist idZ festzuhalten, dass sich zwar eine mittelbare Benachteiligung der Gläubiger auch daraus ergeben könnte, dass die Schuldnerin den Geschäftsanteil an der Bekl später an eine ungarische Gesellschaft übertrug. Sowohl die Benachteiligungsabsicht als auch deren Kenntnis müssen aber im Zeitpunkt der angefochtenen Rechtshandlung – hier also der Einbringung – vorliegen (RS0064273; *König/Trenker*, Anfechtung Rn 7.26; *Rebernik* in Konecny, InsG § 28 IO Rn 21, 27). Angesichts der zeitlichen Abfolge ist es kaum vorstellbar, dass Ing. H zu diesem Zeitpunkt, also noch vor dem ersten Insolvenzverfahren, schon den nach dessen Aufhebung erfolgten Verkauf und dessen allenfalls nachteilige Folgen für die Gläubiger bedacht haben könnte.

3.3. Sollte Benachteiligungsabsicht nicht erweisbar sein, wäre zu prüfen, ob – wie vom Kl behauptet – ein über das erste Insolvenzverfahren hinausreichendes konstitutives Anerkenntnis vorliegt. Auch dazu fehlen bisher die erforderlichen Feststellungen.

Anmerkung:

1. Sachverhalt und Problemaufriss

In der gegenständlichen E hatte sich der OGH nach langer Zeit wieder (s be-

reits 3 Ob 51/10m ÖBA 2011, 407 [*Karollus*]; ferner 3 Ob 209/12z ÖBA 2013, 765) mit der dogmatisch anspruchsvollen und praktisch so wichtigen Schnittstelle zwischen Insolvenzanfechtungs- und Gesellschaftsrecht zu beschäftigen (monografisch dazu *Trenker*, Insolvenzanfechtung gesellschaftsrechtlicher Maßnahmen [2012]).

Verfahrensgegenständlich war die Einbringung eines Teilbetriebs der Schuldnerin in ihre damalige 100%-Tochtergesellschaft nach § 19 Abs 2 Z 5 UmgrStrG; handelnder Geschäftsführer war für beide Gesellschaften ein und dieselbe Person, Ing. H. Die Einbringung hätte den Einstieg eines Investors vorbereiten sollen, was für das wirtschaftliche Überleben der Schuldnerin offenbar essentiell gewesen wäre. Dazu kam es jedoch nicht, sondern es wurde über das Vermögen der Schuldnerin ein Insolvenzverfahren eröffnet; in diesem Verfahren konnte zwar ein Sanierungsplan abgeschlossen, jedoch anschließend offenbar nicht erfüllt werden, sodass es zur „Folgeinsolvenz“ kam. Der darin bestellte Insolvenzverwalter focht mit der gegenständlichen Klage die ursprüngliche Einbringung des Teilbetriebs gegenüber der Tochtergesellschaft an, offenbar gem § 28 Z 1, 2 IO und § 29 IO. Erwähnenswert ist noch, dass die Anteile der Schuldnerin an der bekl Tochtergesellschaft nach Beendigung des ersten Insolvenzverfahrens an eine ungarische Gesellschaft veräußert worden waren.

2. Unentgeltlichkeit iSd § 29 IO

Im Kern der Ausführungen des zuständigen Fachsenats des OGH steht die Frage nach der Unentgeltlichkeit der Teilbetriebseinbringung. Die Beurteilung der Unentgeltlichkeit ist generell ein „Dauerbrenner“ in der anfechtungsrechtlichen Diskussion (vgl nur *König/Trenker*, Die Anfechtung nach der Insolvenzordnung⁶ [2020] Rn 9.3 ff mwN), freilich noch mehr in Deutschland als hierzulande (zB *Thole*, KTS 2011, 219 ff; *Held*, Die Anfechtung unentgeltlicher Leistungen gem. § 134 InsO [2017]; *Bork*, NZI 2018, 1 ff). Umso erfreulicher ist es, wie überzeugend der OGH die Fragestellung im vorliegenden Kontext löst.

Besonders verdienstvoll ist zunächst, dass sich der 17. Senat nicht davon beirren lässt, dass die Einbringung nach § 19 Abs 2 Z 5 UmgrStrG von der höchstrichterlichen Rsp in anderem Kontext bereits mehrfach als unentgeltlich qualifiziert wurde (vgl nur RS0115149). Es existiert nämlich kein einheitlicher Unentgeltlichkeitsbegriff, der über die gesamte österr Rechtsordnung „gespannt“ werden könnte. Die Frage der (Un-)Entgeltlichkeit ist vielmehr jeweils mit Blick auf die Wertungsgrundlagen des konkret anzuwendenden Tatbestands zu beantworten.

4) ÖBA 1999, 477 mit Besprechungsaufsatz von *Bollenberger*.

5) ÖBA 2011, 407.

Gerade diese Wertungsgrundlagen von § 29 IO arbeitet der OGH mE treffend heraus (oben 1.1.): Es geht zum einen darum, dass der Anfechtungsgegner einen Vorteil erlangt, den er in der Notsituation des Insolvenzverfahrens nicht behalten dürfen soll, weil er mangels Erbringung eines eigenen Vermögensopfers nicht hinreichend schutzwürdig erscheint. Zum anderen muss der Schuldner ein Vermögensopfer erbringen, für das er kein Entgelt bezieht – oder in den Worten des BGH (jüngst IX ZR 110/20 NZG 2022, 458): es muss „eine kompensationslose Minderung des schuldnerischen Vermögens“ vorliegen.

Es ist somit nicht nur die Schutzunwürdigkeit des Anfechtungsgegners ausschlaggebend, sondern auch ein unentgeltlicher Vermögensabfluss aus Sicht des Schuldners erforderlich (idS bereits *Bartsch* in *Bartsch/Pollak*, *Ausgleichs-, Anfechtungsordnung, Einführungsverordnung und Geschäftsaufsichtsgesetz* I³ [1937] 187 [§ 29 Anm 3]). Letzteres ist deshalb überzeugend, weil es für den Anfechtungsanspruch – dem Grund und der Höhe nach – grds nicht auf die Bereicherung des Anfechtungsgegners ankommt, sondern auf die Entreicherung des schuldnerischen Vermögens und die damit typischerweise verbundene Verschlechterung der Befriedigungsaussichten der Gläubiger (§ 39 Abs 1 IO; vgl dazu *König/Trenker*, *Anfechtung*⁶ Rn 2.7, 15.15).

Für den Unentgeltlichkeitsbegriff des § 29 IO sind dementsprechend sowohl die Sphäre des Anfechtungsgegners als auch jene des Schuldners maßgeblich. Typischerweise kann diese Erkenntnis im zweiseitigen Verhältnis zwar getrost vernachlässigt werden, weil der unentgeltliche Vorteil des *einen* für gewöhnlich ohnehin mit einem kompensationslosen Vermögensopfer des *anderen* einhergeht. Gerade im gesellschaftsrechtlichen Kontext muss dies aber keineswegs zutreffen: Wird Vermögen im Konzern „verschoben“, führt die Bereicherung der einen Gesellschaft nämlich nicht zwangsläufig zur Entreicherung der anderen. Bestes Bsp dafür ist eben der verfahrensgegenständliche Vermögenstransfer von der Mutter- auf ihre 100%-Tochtergesellschaft. Ist die Tochtergesellschaft nicht überschuldet, so führt jeder *down-stream*-Vermögensabfluss ja zu einer mittelbaren Werterhöhung der Beteiligung der Muttergesellschaft. Aus der Warte der Tochtergesellschaft ist somit zwar von einem unentgeltlichen Vermögensvorteil auszugehen, aus der Warte der Mutter fehlt es jedoch bei einer – mittelbaren oder unmittelbaren – 100%-Beteiligung an einem unentgeltlichen Vermögensopfer; vielmehr liegt aus Sicht der Muttergesellschaft eine

vermögensneutrale Transaktion vor. Anderes gilt – wie der OGH *obiter* zu Recht andeutet – nur, soweit die Tochtergesellschaft überschuldet ist, weil der Wert des übertragenen Vermögens dann zum Ausgleich ihres negativen Eigenkapitals „verpufft“.

Diskussionsbedürftig bleibt damit allerdings noch, ob die Unentgeltlichkeit des Vermögensvorteils des Anfechtungsgegners sowie jene des Vermögensopfers des Schuldners nach objektiven oder subjektiven Maßstäben zu beurteilen sind (dazu ausf *König/Trenker*, *Anfechtung*⁶ Rn 9.9 ff, insb 9.15 f [dort auch zum gespaltenen Meinungsstand in Deutschland]; ferner *Bollenberger* in *Koller/Lovrek/Spitzer*, IO § 29 Rn 2 f). Richtigerweise sind die in Betracht kommenden Lebenssachverhalte so heterogen und ist auch die Fragestellung selbst derart facettenreich (vgl *König/Trenker*, *Anfechtung*⁶ Rn 9.9), dass wohl nicht einfach pauschal einem subjektiven oder objektiven Ansatz das Wort geredet werden kann. So ist einerseits die Berücksichtigung der Parteiabsicht (zumindest jene des Schuldners) unerlässlich, um eine gemischte Schenkung oder ein „Scheinentgelt“ von einem „schlechten“ Geschäft oder Liebhaberei abzugrenzen (wobei das objektive Ausmaß der Wertinäquivalenz wiederum Indizwirkung für die Parteiabsicht hat). Andererseits ist bspw dem kapitalgesellschaftsrechtlichen Regime der Kapitalerhaltung mE eine hinreichende Wertung zu entnehmen, um die Ausschüttung von „Scheingewinnen“ unabhängig von subjektiven Erwägungen der Betroffenen als unentgeltlich einzustufen (ausf dazu *Trenker* in *Artmann/Rüffler/Torggler*, *Gesellschafterpflichten in der Krise* [2015] 142 ff [insb bei und in FN 124] mwN auch der Gegenansicht).

Jedenfalls irrelevant sind subjektive Tatbestandsmerkmale mE zudem, wenn es objektiv überhaupt (!) an einer Gegenleistung des Anfechtungsgegners mangelt (zutr bereits *Ehrenzweig*, *Kommentar zur Anfechtungsordnung* [1916] 159; anders ist die Rechtslage möglicherweise bei einer vorhandenen, aber objektiv wertlosen Gegenleistung, so zumindest BGH IX ZR 250/15 NZI 2017, 68: „wertloser Gesellschaftsanteil“; aA aber *Bork*, NZI 2018, 1 [7 ff]). Dasselbe muss erst recht gelten, wenn objektiv gar kein Vermögensopfer des Schuldners erbracht wurde. Letzteres trifft auf die Einbringung nach § 19 Abs 2 Z 5 UmgrStG zu, weshalb gar nicht mehr nach den Absichten der Parteien gefragt werden muss (die vom OGH referierte [1.3.(f)] Anmerkung von *König/Trenker*, *Anfechtung*⁶ Rn 9.27 FN 1622, in der das Handlungsmotiv des einbringenden Gesellschafters in den Vordergrund gerückt wird, steht damit nicht im Widerspruch, weil diese

Passage nicht speziell die Rechtslage bei 100%-Beteiligungen vor Augen hatte).

Wie der OGH weiters erkennt, spricht *in casu* gegen die Annahme eines hinreichenden Vermögensopfers nicht zuletzt, dass eine Vermögenseinbringung gegen Gewährung neuer Anteile im Rahmen einer Kapitalerhöhung ebenfalls nicht § 29 IO unterworfen wird (dazu *Trenker*, *Insolvenzanfechtung* 236 iVm 171). Bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise (konkret 6 Ob 167/99y ÖBA 2000, 817; 3 Ob 2/09d ÖBA 2009, 832) liefe die Andersbehandlung einer Einbringung gem § 19 Abs 2 Z 5 UmgrStG nämlich auf einen nicht zu rechtfertigenden Wertungswiderspruch hinaus. Für einen 100%-Gesellschafter macht es nämlich keinen Unterschied, ob er für seinen Vermögenstransfer eine nominelle Erhöhung seiner Stammeinlage oder eine bloße Wertsteigerung seiner Beteiligung erhält (offenbar aA *Gleim*, ZIP 2017, 1004).

3. Gläubigerbenachteiligung und Absichtsanfechtung gem § 28 IO

Dass die Schuldnerin somit kein Vermögensopfer iSd § 29 IO erbracht hat, schließt allerdings nicht aus, dass die Teilbetriebseinbringung das allgemeine Erfordernis der Gläubigerbenachteiligung erfüllt. Für dieses Tatbestandsmerkmal ist nämlich nicht auf die Sphäre des Schuldners, sondern ausschließlich auf die Befriedigungsaussichten seiner Gläubiger abzustellen. Diese Befriedigungsaussichten können sich selbst dann erschweren oder zumindest verzögern, wenn Vermögen aus dem Eigentum der Muttergesellschaft auf die Tochtergesellschaft übertragen wird, weil es dadurch nur mehr dem mittelbaren Zugriff der Gläubiger unterliegt (so bereits 3 Ob 51/10m ÖBA 2011, 407; zust *Kalss/Eckert* in *Kodek/Konecny*, *Insolvenz-Forum* 2007 [2008] 78; ausf *Trenker*, *Insolvenzanfechtung* 162 ff).

Ferner sind für eine mittelbare Gläubigerbenachteiligung, die bekanntlich – mit Ausnahme von § 28 Z 4, § 31 Abs 1 Z 1 letzter Fall, Z 3 IO – für alle Tatbestände ausreicht (*König/Trenker*, *Anfechtung*⁶ Rn 5.39), auch Umstände miteinzubeziehen, die sich erst nach Vornahme der angefochtenen Handlung ereignen. Damit können selbst ursprünglich wertäquivalente und daher jedenfalls entgeltliche Rechtsgeschäfte gläubigerbenachteiligend werden. Im gegenständlichen Sachverhalt wäre dementsprechend etwa die nachträgliche Veräußerung der Anteile an der Tochtergesellschaft in die Prüfung der Gläubigerbenachteiligung miteinzubeziehen, weil dadurch sogar der mittelbare Zugriff der Gläubiger der insolventen Muttergesellschaft auf den eingebrachten Teilbetrieb verloren ging

(wofür freilich eine ebenfalls zu berücksichtigende Gegenleistung in Form eines Kaufpreises lukriert wurde).

Diese weite Auslegung der notwendigen Gläubigerbenachteiligung – und damit auch der Befriedigungstauglichkeit (zur Gleichsetzung beider Voraussetzungen *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rn 5.3) – führt deshalb nicht zu unsachlichen Ergebnissen, weil zusätzlich ein Tatbestand der §§ 28–31 IO, § 188 UGB erfüllt sein muss. In zeitlicher Hinsicht kommt *in casu* – mangels Unentgeltlichkeit – nur mehr § 28 IO in Betracht: Erforderlich ist demgemäß neben der objektiven Gläubigerbenachteiligung auch die Absicht des Schuldners, seine Gläubiger zu benachteiligen. Obwohl hierfür bedingter Vorsatz reicht (RS0064166), wird es an diesem subjektiven Erfordernis häufig mangeln, wenn sich die Gläubigerbenachteiligung ausschließlich auf eine Erschwerung/Verzögerung des Zugriffs der Gläubiger reduziert. Dasselbe gilt, wenn die Nachteiligkeit überhaupt nur nachträglichen Umständen geschuldet ist, die im Zeitpunkt der Vornahme der Rechtshandlung nicht geplant waren oder zumindest vorhergesehen wurden. Umso mehr wird es in derartigen Konstellationen oftmals an der Kenntnis (§ 28 Z 1 IO) oder fahrlässigen Unkenntnis (§ 28 Z 2 IO) des Anfechtungsgegners mangeln.

4. Beweislastverteilung

Ob die Voraussetzungen der Gläubigerbenachteiligung und der Benachteiligungsabsicht des Schuldners bzw der Kenntnis/fahrlässigen Unkenntnis des Anfechtungsgegners hiervon im konkreten Fall vorliegen, konnte der OGH mangels entsprechender Feststellungen offenlassen. Ins Zentrum des Interesses rückt für das fortgesetzte Verfahren damit die Frage nach der diesbezüglichen Beweislast.

Die Beweislast für die allgemeine Voraussetzung der Gläubigerbenachteiligung wird von der hM davon abhängig gemacht, ob das Erfordernis der Nachteiligkeit im Wortlaut des jeweiligen Tatbestands angesprochen wird (RS0111465; *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rn 5.43 mwN; aA *Bollenberger* in KLS § 27 IO Rn 26). Das führt zum etwas merkwürdigen, vom historischen Gesetzgeber aber wohl intendierten (Denkschrift zur Einführung einer Konkursordnung, einer Ausgleichsordnung und einer Anfechtungsordnung [1914] 34) Ergebnis, dass der Insolvenzverwalter die Gläubigerbenachteiligung nur bei der zwei Jahre zurückreichenden Anfechtung gem § 28 Z 2 IO beweisen muss. Demgegenüber muss sich der Anfechtungsgegner beim zehn Jahre zurückreichenden Tatbestand des § 28 Z 1 IO insoweit „freibeweisen“ (*König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rn 7.47,

7.56). Praktisch dürfte dieser Unterschied freilich nicht allzu stark ins Gewicht fallen, weil der Insolvenzverwalter bei § 28 Z 1 IO immer noch die Benachteiligungsabsicht des Schuldners und die positive Kenntnis hiervon seitens des Anfechtungsgegners beweisen muss. Dieser Beweis ist generell schwierig, ohne den Nachweis objektiver Gläubigerbenachteiligung aber regelmäßig schier unmöglich. Ungeachtet dessen vermag die unterschiedliche Beweislastverteilung in § 28 Z 1 und Z 2 (sowie Z 3) IO hinsichtlich der Gläubigerbenachteiligung rechtspolitisch mE nicht zu überzeugen.

Die Beweislast für die Benachteiligungsabsicht sowie die Kenntnis/fahrlässige Unkenntnis hiervon trägt bei § 28 Z 1 und Z 2 IO der kl Insolvenzverwalter. Im konkreten Fall beschränkt sich die Prüfung allerdings auf das Vorliegen von Benachteiligungsabsicht, weil an der anfechtbaren Handlung auf beiden Seiten dieselbe natürliche Person als Vertreterin mitgewirkt hat. Da der Schuldnerin und der Anfechtungsgegnerin der Wille bzw das Wissen (zu dieser Differenzierung *Trenker*, Insolvenzanfechtung 89, 98 f) derselben Person zugerechnet wird, geht Benachteiligungsabsicht des Schuldners nämlich zwangsläufig mit entsprechender Kenntnis des Anfechtungsgegners einher. Damit ist von vornherein nur mehr § 28 Z 1 IO relevant.

Anderes würde freilich gelten, wenn die Beweislastumkehr des § 28 Z 3 IO für nahe Angehörige einschlägig wäre. Der OGH hat die Angehörigeneigenschaft iSd § 32 IO nicht geprüft. Auch der Kl dürfte weder § 28 Z 3 IO explizit als Rechtsgrundlage herangezogen, noch nahe Angehörigkeit zwischen der Bekl und der Schuldnerin behauptet haben. Das ist deshalb verständlich, weil § 32 Abs 2 IO als einschlägige gesetzliche Grundlage für juristische Personen nur der Konstellation gedenkt, dass der Anfechtungsgegner Gesellschafter der Schuldnerin ist (statt vieler *König*, PSR 2010, 166). Im gegenständlichen Fall ist jedoch die Schuldnerin (Allein-)Gesellschafterin der Anfechtungsgegnerin. Die „Einseitigkeit“ der Angehörigkeitsanordnung in § 32 Abs 2 IO ist grds sachlich gerechtfertigt (vgl freilich § 138 Abs 1 Z 4 InsO), weil die Gesellschaft typischerweise keinen besonderen Informationsvorsprung bezüglich der Vermögensverhältnisse ihrer Gesellschafter hat (*Trenker*, Insolvenzanfechtung 117).

Wie der gegenständliche Fall vortrefflich zeigt, greift der Wortlaut des § 32 IO jedoch, ausgehend von seinem *telos*, in anderer Hinsicht zu kurz, namentlich beim Einsatz von Vertretern. Richtigerweise muss es diesfalls nämlich nicht nur auf das Verhältnis zwischen Schuldner und Anfechtungsgegner, sondern auch

auf Angehörigkeitsverhältnisse des/der jeweiligen Vertreter(s) ankommen. Allgemein formuliert ist mE kraft analoger Anwendung von § 32 IO die Angehörigkeit zu bzw zwischen jenen Personen maßgeblich, deren Wissen/Willen dem Schuldner bzw Anfechtungsgegner zugerechnet wird (*Trenker*, Insolvenzanfechtung 117 ff; ausf *König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rn 4.41 ff). Wenn bspw der Geschäftsführer der schuldnerischen GmbH die angefochtene Rechtshandlung zugunsten seiner Ehefrau vornimmt, sind alle Wertungsgrundlagen für eine Beweislastumkehr unzweifelhaft erfüllt. Umso mehr muss dies gelten, wenn der Geschäftsführer das inkriminierte Rechtsgeschäft – wie im vorliegenden Sachverhalt – im Wege der Doppelvertretung mit sich selbst abschließt (*König/Trenker*, Anfechtung⁶ Rn 4.42/1). Noch besser informiert über die Vermögenslage der Schuldnerin könnte die Anfechtungsgegnerin (über den ihr zurechenbaren Wissensstand des Geschäftsführers) in dieser Konstellation ja gar nicht sein. Auch die zweite Rechtfertigung für die Beweislastumkehr, dass anfechtbare Rechtshandlungen erfahrungsgemäß eher zu Gunsten naher Angehöriger vorgenommen werden und Letztere sich daran auch eher beteiligen als Außenstehende, ist in dieser Konstellation voll einschlägig.

ME hätte der vorliegende Sachverhalt damit kraft analoger Anwendung von § 32 IO dem Tatbestand des § 28 Z 3 IO unterstellt werden können. Die bekl Anfechtungsgegnerin hätte folglich beweisen müssen, dass der maßgebliche Handlungsprotagonist, Ing. H, keine Benachteiligungsabsicht hegte. Im fortgesetzten Verfahren kann die Klage indes nicht mehr auf diesen Tatbestand gestützt werden. Abgesehen davon, dass sich das fortgesetzte Verfahren wohl auf § 28 Z 1 IO zu beschränken hat, weil im Übrigen abschließend erledigte Streitpunkte anzunehmen sind (vgl RS0042031), ist die Jahresfrist des § 43 Abs 2 IO ja bereits abgelaufen. Ob sich das Höchstgericht der mE gebotenen Erweiterung des Kreises naher Angehöriger beim Einsatz von Vertretern anschließen wird, dürfte somit möglicherweise noch längere Zeit offenbleiben.

5. Bedeutung der „Vorinsolvenz“

Bemerkenswert am gegenständlichen Sachverhalt ist schließlich, dass zeitlich zwischen der anfechtbaren Rechtshandlung und der jetzigen Anfechtungsklage schon einmal ein Insolvenzverfahren eröffnet worden war, das mit einem Sanierungsplan beendet werden konnte. Ohne dies überhaupt zu problematisieren, geht der OGH zu Recht davon aus, dass ein Anfechtungsanspruch ein solches Insol-

venzverfahren grds überdauern kann. Voraussetzung ist selbstverständlich, dass die kritischen Fristen des jeweiligen Tatbestands im Folgeinsolvenzverfahren – wie im gegenständlichen Fall – noch nicht abgelaufen sind; das zwischenzeitliche Insolvenzverfahren „verlängert“ diese Fristen nicht.

Zudem sei generell darauf hingewiesen, dass eine zwischenzeitliche wirtschaftliche Erholung die Anfechtbarkeit nach den „insolvenzspezifischen“ Tatbeständen der §§ 30, 31 IO ausschließt (2 Ob 196/98g ÖBA 1999, 312; 10 Ob 46/05w ÖBA 2006, 522 [Bartlmä]; Bollenberger in KLS § 30 IO Rn 3; Rebernik in Konecny § 30 IO Rn 8). Dabei begründet die rk Bestätigung eines Sanierungsplans nach 2 Ob 196/98g (freilich zum Ausgleich nach der AO) eine widerlegbare Vermutung, dass die ursprüngliche materielle Insolvenz beseitigt wurde (ebenso König/Trenker, Anfechtung⁶ Rn 11.7). Für die verfahrensgegenständlichen §§ 28, 29 IO ist eine zwischenzeitliche wirtschaftliche Erholung indes von vornherein irrelevant, weil bei diesen schon im Zeitpunkt der Vornahme der angefochtenen Handlung keine materielle Insolvenz vorliegen muss.

Die einzig relevante Implikation der „Vorinsolvenz“ ist daher im konkreten Fall, dass die bekl Anfechtungsgegnerin den gegenständlichen Anfechtungsanspruch offenbar im ersten Insolvenzverfahren anerkannt habe. Der 17. Senat lässt mangels hinreichender Feststellungen allerdings offen, ob „ein über das erste Insolvenzverfahren hinausreichendes konstitutives Anerkenntnis vorliegt“ (oben 3.3.).

Im zweiten Rechtsgang wird also zunächst zu ermitteln sein, ob ein konstitutives oder lediglich ein deklaratives Anerkenntnis vorlag (zur Differenzierung RS0032666 und RS0017965; ausf jüngst Kogler, Vergleich und Anerkenntnis [2021] 3 ff, 223 ff, 237 ff). Auch im Falle eines konstitutiven Anerkenntnisses ist aber zweifelhaft, ob ein derartiges Anerkenntnis von einem Insolvenzverfahren auf ein anderes Insolvenzverfahren „durchzuschlagen“ vermag. Zu bedenken ist nämlich, dass es sich in zwei Insolvenzverfahren um zwei verschiedene Anfechtungsansprüche handelt. Das zeigt sich schon daran, dass der Anfechtungsanspruch in die Rechtszuständigkeit der jeweiligen Insolvenzmasse fällt (zB Nunner-Krautgasser, JBl 2018, 279). Dementsprechend geht der Anfechtungsanspruch grds mit Aufhebung des Insolvenzverfahrens unter (ausf dazu und zu den Ausnahmen hiervon Trenker, ÖJZ 2019, 897 ff). Der anfechtungsrechtliche Rechtsgestaltungsanspruch ist eben nur auf Unwirksamklärung gegenüber den

Gläubigern gerichtet (§ 27 IO), wobei der Kreis dieser Gläubiger mit Blick auf das jeweilige Insolvenzverfahren zu ziehen ist. Folgerichtig hat das bloße Anerkenntnis des konkreten *Rechtsgestaltungsanspruchs* mE grds keine Wirkung für künftige Insolvenzverfahren. Im Wege der Auslegung erscheint Gegenteiliges zwar denkbar; dafür müsste aber *quasi* ein Vertrag zugunsten Dritter, namentlich zugunsten künftiger Insolvenzmassen beabsichtigt gewesen sein.

Verfahrensübergreifende Wirkung wäre dem Anerkenntnis zudem wohl dann zuzuerkennen, wenn darin der konkrete anfechtungsrechtliche Leistungsanspruch iSd § 39 IO konstitutiv anerkannt wird. Diesfalls entsteht nach hM nämlich eine neue Forderung mit einem vom Anfechtungsanspruch losgelösten Rechtsgrund (statt vieler RS0032496 [T1, 8]; Neumayr in KBB⁶ § 1375 ABGB Rz 2). Ist dies der Fall, wofür nach hM freilich die Bereinigung von Streit oder Zweifel erforderlich ist (zB RS0032319; RS0032516; aA nur Kogler, Vergleich und Anerkenntnis 263 ff mwN), ginge der neu geschaffene und seiner anfechtungsrechtlichen Natur „entkleidete“ Leistungsanspruch folgerichtig nicht mit Insolvenzaufhebung unter, sondern wie die sonstigen Aktiva der Masse auf den Schuldner über. Dann wäre der Anspruch im anschließenden Insolvenzverfahren ohne weiteres Teil der Insolvenzmasse. Typischerweise dürfte ein Anerkenntnis aber wohl nur dann in diesem Sinn zu verstehen sein, wenn darin bereits auf eine konkrete Leistungspflicht Bezug genommen wird.

Nach alledem bleibt der Ausgang des gegenständlichen Rechtsstreits mit Spannung zu erwarten ...

Univ.-Prof.
MMag. Dr. Martin Trenker,
Innsbruck

2861.

<https://doi.org/10.47782/oeba202211083901>

§§ 54, 63, 139 EO. Ein grundbücherliches Veräußerungs- und Belastungsverbot steht dem „Beitritt“ zu einem bereits anhängigen Zwangsversteigerungsverfahren ebenso entgegen wie einem Exekutionsantrag.

OGH 26. 1. 2022, 3 Ob 221/21b

Aus der Begründung:

Der Verpfl und seine Ehegattin sind je zur Hälfte Miteigentümer einer Liegenschaft. Ob dem Hälfteanteil des Verpfl ist im Lastenblatt des Grundbuchs ein rechtsgeschäftliches Belastungs- und

Veräußerungsverbot zugunsten seiner Ehefrau einverleibt. Hinsichtlich dieser Liegenschaft ist bereits ein von einem anderen betrGl aufgrund eines von ihm gegen beide Miteigentümer erwirkten (Solidar-)Titels eingeleitetes Zwangsversteigerungsverfahren anhängig.

Die Betr beantragte aufgrund eines (nur) gegen den Verpfl bestehenden Zahlungstitels die Bewilligung der Zwangsversteigerung seines Liegenschaftsanteils durch Beitritt zum anhängigen Versteigerungsverfahren.

Das RekG wies den Exekutionsantrag ab. Ein im Grundbuch eingetragenes rechtsgeschäftliches Veräußerungsverbot stehe der Bewilligung der Zwangsversteigerung entgegen. Dies gelte auch im Fall des Beitritts zu einem bereits anhängigen Zwangsversteigerungsverfahren. Dass der Verpfl und die Verbotsberechtigte Gesamtschuldner der betriebenen Forderung seien, werde im Exekutionsantrag nicht behauptet.

Der **Revisionsrekurs** der Betr ist *zulässig*, aber *nicht berechtigt*.

1. Nach stRsp steht ein rechtswirksam einverleibtes, dem Pfand- oder Befriedigungsrecht des betrGl vorausgehendes Veräußerungsverbot der Bewilligung der Zwangsversteigerung der Liegenschaft grds entgegen; anderes gilt dann, wenn der Verbotsberechtigte der Zwangsversteigerung zustimmt (RS0002625) oder wenn der Verpfl und der Verbotsberechtigte die betriebene Forderung nach dem Exekutionstitel als Gesamtschuldner zu leisten haben (RS0010734).

2.1. Gem § 139 Abs 1 EO kann nach Anmerkung der Einleitung des Versteigerungsverfahrens, solange dieses im Gang ist, zu Gunsten weiterer vollstreckbarer Forderungen ein besonderes Versteigerungsverfahren hinsichtlich derselben Liegenschaft nicht mehr eingeleitet werden. Alle Gläubiger, denen während der Anhängigkeit eines Versteigerungsverfahrens die Zwangsversteigerung derselben Liegenschaft bewilligt wird, treten gem § 139 Abs 2 EO damit dem bereits eingeleiteten Versteigerungsverfahren bei; sie müssen dieses in der Lage annehmen, in der es sich zur Zeit ihres Beitritts befindet.

2.2. Der aus § 139 EO abzuleitende Grundsatz der Einheit des Versteigerungsverfahrens bedeutet, dass nur ein einziges Zwangsversteigerungsverfahren durchgeführt wird, auch wenn mehrere betreibende Gläubiger vorhanden sind. Dennoch gibt es mehrere gleichwertige Exekutionsbewilligungen. Ein „Beitritt“ iSd § 139 Abs 2 EO ist damit nichts anderes als die Bewilligung der Zwangsversteigerung, die ggf den – mit deklarativem Beschluss auszusprechenden (3 Ob 49/92 = RS0002779 [T1]) –