

NZ 2012/138

Insolvenzanfechtung von Umgründungen

Dargestellt anhand der Anfechtbarkeit von Verschmelzungen

Mit der E 3 Ob 51/10m hat der OGH klargestellt, dass das gesellschaftsrechtliche Kapitalschutzsystem, namentlich der erhöhte Bestandschutz sowie die Normen über Kapitalaufbringung und -erhaltung, der Insolvenzanfechtung der im Zuge der Gründung einer GmbH einbezahlten Einlage eines Gesellschafters nicht entgegenstehen. Potentiell gläubigerbenachteiligende, gesellschaftsrechtliche Maßnahmen beschränken sich aber nicht auf das Gründungsstadium. Besonders Umgründungen können vielfältige Auswirkungen auf das Vermögen der beteiligten Gesellschaften sowie ihrer Gesellschafter und somit auch auf die Befriedigungsmöglichkeiten ihrer Gläubiger haben. Der folgende Beitrag versucht zu zeigen, dass Umgründungen ebenfalls nicht „anfechtungsfest“ sind, und untersucht anhand der Verschmelzung Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Anfechtung.

Von Martin Trenker

Inhaltsübersicht:

- A. Leitentscheidung 3 Ob 51/10m
- B. Grundsätzliche Anfechtbarkeit von Umgründungen
- C. Anfechtung von Verschmelzungen
 1. Gang der weiteren Untersuchung
 2. Gesellschafterebene
 - a) Anfechtungsvoraussetzungen
 - b) Rechtsfolgen
 - c) Anfechtungsgegner
 - d) Sonstige Folgen
 3. Gesellschaftsebene
 4. Resümee

A. Leitentscheidung 3 Ob 51/10m

Gegenstand der E 3 Ob 51/10m¹ war die Einlageleistung eines Alleingesellschafters einer GmbH anlässlich ihrer Gründung. Im Zeitpunkt der Zahlung war der Gesellschafter jedoch bereits zahlungsunfähig; kurze Zeit später wurde auch das Insolvenzverfahren über sein Vermögen eröffnet. Der Insolvenzverwalter focht die Zahlung wegen Begünstigungsabsicht (§ 30 IO) und Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit (§ 31 IO) an. Die beklagte GmbH wandte ein, dass die Rückzahlung der Einlageleistung gem § 39 IO dem Verbot der Einlagenrückgewähr widerspreche. Der OGH entschied sich dennoch für einen Vorrang der Anfechtung. Er schloss sich somit der hL² und der bis zu Entscheidun-

gen des RG zurückreichenden stRsp³ aus Deutschland an.

Dem Vorrang der Insolvenzanfechtung ist mE zuzustimmen. Zunächst ist zu bedenken, dass die Anfechtung wegen ihrer relativen,⁴ bloß auf die Beseitigung der vermögensrechtlichen Folgen ausgerichteten Wirkung⁵ den Bestand der gegründeten Gesellschaft sowie der Mitgliedschaft des Gesellschafters unberührt lässt. Dennoch bezieht sich der Bestandschutz nicht nur auf die formelle Gültigkeit des Beitritts, sondern auch auf die Absicherung der Erfüllung der Beitrittsverpflichtung der Gesellschafter und der finanziellen Grundlage der Gesellschaft.⁶ Bestandschutz sowie Kapitalaufbringung und -erhaltung sind daher als Teile eines Systems des Kapitalschutzes zu betrachten, das den Vorrang der Interessen der Gläubiger vor denen der Gesellschafter gewährleistet.⁷ Bei der Insolvenzanfechtung geht es aber nicht um das Verhältnis der Gesellschafter zu den Gesellschaftsgläubigern, sondern es konfliktieren die Interessen der Gläubiger des Gesellschafters mit jenen der Gesellschaft. Ob der auf dem (firmenbuchrechtlichen) Vertrauensschutz basierende Kapitalschutz zugunsten der Gesellschaftsgläubiger auch einen Ausschluss eines ei-

¹ OGH 3 Ob 51/10m wbl 2010, 595 = RdW 2010, 723 = ZIK 2010, 185 = GeS 2010, 174 = AnwBl 2011, 6 = ecolex 2010/401 = ÖBA 2011, 407 (Karollus).

² König, Aus dem Aktualitätenkino des Konkursanfechtungsrechts, in *Kodek/Konecny*, Insolvenzf-Forum 2007 (2008) 141, 146; ders, Anfechtung⁴ (2009) Rz 2/26; *Rebermig/Schmidberger*, Zur Anfechtung von Kapitalmaßnahmen und Umgründungsvorgängen im Insolvenzverfahren, GeS 2009, 182, 184; *Kalss/Eckert*, Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht, in *Kodek/Konecny*, Insolvenzf-Forum 2007, 65, 83 f; *Lwowski/Wunderlich*, Insolvenzanfechtung von Kapitalerhöhungsmaßnahmen, NZI 2008, 129, 133; *Hüttemann*, Gläubigeranfechtung und Kapitalschutz, GmbHR 2000, 357, 361 f; *Knodel*, Kapitalsicherung und Gläubigeranfechtung (1996/2002) passim; *Kirchhof* in *MünchKommInsO II*² (2008) § 129

Rz 18; *Henckel* in *Jaeger*, InsO IV (2008) § 129 Rz 70; *Ulmer* in *GK-GmbHG I* (2005) § 2 Rz 135; aA *Karollus*, ÖBA 2011, 407, 409 (Anm); vgl auch *dens* in *Buchegger*, Insolvenzf-Forum, Zusatzband I (2009) § 14 EKEG Rz 31; *dens*, Kapitalersetzende Leistungen, Jüngste Entwicklungen und Zukunftsperspektiven, ÖBA 1997, 105, 112 Fn 62; ebenso (noch) *Ulmer* in *Hachenburg*, GmbHG I⁸ (1992) § 2 Rz 135; *Rittner/Schmidt-Leithoff* in *Rowedder*, GmbHG³ (1997) § 2 Rz 66; differenzierend *Schmidt-Leithoff* in *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG⁴ (2002) § 2 Rz 77.

³ BGH IX ZR 153/93 NJW 1995, 659; RG V 79/89, RGZ 24, 14; RG VII 390/09, RGZ 74, 16; RG VII 286/14, LZ 1915, 300.

⁴ Statt aller König, Anfechtung⁴ Rz 2/11; *Koziol/Bollenberger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger I*⁴ (2000) § 27 Rz 52 je mwN.

⁵ ZB *Ulmer* in *GK-GmbHG I* § 2 Rz 133; *Zollner*, Die eigennützige Privatstiftung (2011) 53.

⁶ *Rittner/Schmidt-Leithoff* in *Rowedder*, GmbHG³ § 2 Rz 66; diesbezüglich zustimmend *Hüttemann*, GmbHR 2000, 357, 361.

⁷ Vgl *Rüffler*, Gesellschaftsrecht und Kapitalmarktrecht – über eine schwierige Beziehung, ÖBA 2011, 699, 701; *dens*, Haftung für fehlerhafte Kapitalmarktinformation und Kapitalerhaltung in der AG, in *FS Straube* (2009) 113, 125 f.

genen insolvenzrechtlichen Anspruchs zugunsten der Gläubiger des Gesellschafters rechtfertigt, ist aber nicht von vornherein gesagt, sondern eine Wertungsfrage.

Die sohin anzustellende Interessenabwägung schlägt mE zugunsten der Insolvenzanfechtung und damit der Gläubiger des Gesellschafters aus. Zunächst ist zumindest auf Basis der mE überzeugenden Theorie der haftungsrechtlichen Unwirksamkeit⁸ die Einlageleistung bereits mit dem Mangel der Anfechtbarkeit belastet, weshalb sich argumentieren lässt, dass die Gläubiger des Gesellschafters über das frühere und somit stärkere Recht verfügen. Anders ausgedrückt soll der Anspruch der Insolvenzgläubiger nicht von den (gesellschaftsrechtlichen) Schranken abhängen, die ihr Schuldner mit dem Beitritt zur Gesellschaft im Nachhinein in anfechtbarer Weise übernimmt. Eine „anfechtungsrechtliche Immunität“ der Einlageleistung würde überdies zu erheblicher Missbrauchsgefahr führen, weil ein Schuldner diesfalls seine Gläubiger durch Einbringung seines Vermögens in eine Gesellschaft sanktionslos schädigen könnte. Ferner berücksichtigt die Anfechtung die Interessen der Gesellschaftsgläubiger zumindest in der Insolvenz der GmbH, weil der Anfechtungsanspruch nach hM⁹ keine aus- oder absondernde Wirkung hat und daher in der Doppelinsolvenz zu einer Art Gleichbehandlung der Gläubigergruppen führt.¹⁰ Dagegen hätte ein Vorrang des Gesellschaftsrechts eine uneingeschränkte Bevorzugung der Gesellschaftsgläubiger zur Folge. Auch aus der Warte der Gleichstellung von natürlicher und juristischer Person wäre ein Ausschluss der Anfechtbarkeit zugunsten einer Kapitalgesellschaft nicht unbedenklich.¹¹ Nicht zuletzt hat der OGH auch zu Recht auf die gesellschaftsrechtlichen Schutzvorkehrungen für den Fall der Anfechtung der Einlage hingewiesen.¹² Denn durch das Kaduzierungsverfahren, die Ausfallhaftung der Mitgesellschafter (§ 70 GmbHG) und eine allfällige Haftung der Geschäftsführer gem § 10 Abs 3 GmbHG sind die Gesellschaftsgläubiger zumindest teilweise abgesichert,¹³ wenngleich diese Schutzmechanismen bei Einpersonengesellschaften auch gänzlich leerlaufen können.

Schließlich korrespondiert der Vorrang der Anfechtung auch mit der aktuellen Judikatur des OGH zum (aller-

dings keineswegs unumstrittenen¹⁴) Vorrang der Prospekthaftung gegenüber der Kapitalerhaltung bzw -aufbringung.¹⁵ Dieser basiert nämlich maßgeblich auf der Prämisse, dass es sich bei derartigen kapitalmarktrechtlichen Ansprüchen um gläubigerähnliche Forderungen handele, für die das gesellschaftsrechtliche Kapitalrechtssystem nicht gelte. Dies muss daher *a maiore ad minus* auch für Ansprüche „echter“ Gläubiger gelten.

Ausgehend von diesem Vorrang der Insolvenzanfechtung gegenüber dem gesellschaftsrechtlichen Kapitalrechtssystem bei der Gründung der Kapitalgesellschaft stellt sich auch die Frage nach der Anfechtbarkeit anderer gesellschaftsrechtlicher Maßnahmen. Besonderes Augenmerk wurde dabei bereits bisher in der Lehre auf Umgründungsmaßnahmen, insb Verschmelzung und Spaltung, gelegt.¹⁶ Im Folgenden soll zunächst der Frage nachgegangen werden, ob Verschmelzungen und Spaltungen nicht überhaupt der Anfechtung entzogen sind, wie zT im Schrifttum behauptet wird. Da dies mE – soviel sei vorweggenommen – nicht der Fall ist, muss in einem zweiten Schritt geprüft werden, unter welchen Voraussetzungen und mit welchen Rechtsfolgen die Anfechtung verbunden wäre.

B. Grundsätzliche Anfechtbarkeit von Umgründungen

In konsequenter Fortführung der oben vertretenen Ansicht¹⁷ zur Anfechtung der Einlageleistung lässt sich ein Ausschluss der Anfechtung aus Gründen des Vertrauensschutzes der Gläubiger der an einem Umgründungsvorgang beteiligten Gesellschaften mE nicht rechtfertigen. Auch die Tatsache, dass die Schaffung eines neuen Rechtsträgers bzw die erhebliche Umstrukturierung bisheriger Gesellschaften im Interesse des Verkehrsschutzes und der damit verbundenen Rückabwicklungsschwierigkeiten nicht mehr ohne Weiteres unwirksam gemacht werden kann, steht einer Anfechtung nicht entgegen.¹⁸ Wie auch im Gründungsstadium beschränkt sich die Insolvenzanfechtung auf die vermögensrechtlichen Wirkungen einer Rechtshandlung, lässt den Bestand einer Gesellschaft jedoch unberührt. Auch auf die Schwierigkeiten der Rückabwicklung ist das Anfechtungsrecht insofern ausreichend vorbereitet, als § 39 IO bei Untunlichkeit der Naturalrestitution die Möglichkeit

⁸ Dafür *Koziol*, Grundlagen und Streitfragen der Gläubigeranfechtung (1991) 54; *Koziol/Bollenberger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger* I⁴ § 27 KO Rz 3; *F. Bydliński*, System und Prinzipien des Privatrechts (1996) 302 ff; *Rebernik* in *Konecny/Schubert* (2006) § 27 KO Rz 13; *Nunner-Krautgasser*, Schuld, Vermögenshaftung und Insolvenz (2007) 152 f, 159 f; *Trenker*, Insolvenzanfechtung gesellschaftsrechtlicher Maßnahmen (2012) 9 ff.

⁹ *Koziol*, Grundlagen 39 f, 54; *Koziol/Bollenberger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger* I⁴ § 27 KO Rz 15; *F. Bydliński*, System 305 f; *König*, Anfechtung⁴ Rz 2/19.

¹⁰ *Zutr Kirchhof* in *MünchKommInsO* II² § 129 Rz 18.

¹¹ Vgl *Lwowski/Wunderlich*, NZI 2008, 129, 133.

¹² OGH 3 Ob 51/10 m wbl 2010, 595.

¹³ *Ausf* zu den Rechtsfolgen *Trenker*, Insolvenzanfechtung 176 ff.

¹⁴ Zum Meinungsstand der aktuellen Diskussion zB *U. Torggler*, Emittentenhaftung: roma locuta und alle Fragen offen, *ecolex* 2011, 1121.

¹⁵ OGH 7 Ob 77/10 i *ecolex* 2011, 228; 6 Ob 28/12 d *GesRZ* 2012, 252 (*F. Schuhmacher*).

¹⁶ *Kalss/Eckert* in *Kodek/Konecny*, Insolvenz-Forum 2007, 65, 85 ff; *Rebernik/Schmidsberger*, *GeS* 2009, 182, 186 ff; *Lwowski/Wunderlich*, Insolvenzanfechtung von Kapitalherabsetzungs- und Umwandlungsmaßnahmen, *NZI* 2008, 595, 597 f; *B. Jud*, Haftung nach § 15 Abs 1 SpaltG im Konkurs der Hauptschuldnerin, *NZ* 2003, 161, 168 f.

¹⁷ Siehe oben A.

¹⁸ *AA Lwowski/Wunderlich*, *NZI* 2008, 595, 597 f; *B. Jud*, *NZ* 2003, 161, 168 f.

des Geldersatzes vorsieht.¹⁹ Untunlichkeit wurde dementsprechend zB im mE am ehesten vergleichbaren Fall der Anfechtung einer Unternehmensveräußerung angenommen, bei der der passivlegitimierte Käufer erhebliche Aufwendungen getätigt hat.²⁰

Ebenfalls wenig überzeugend ist mE die Ansicht, dass die bei Umgründungen vorgesehenen Gläubigerschutzbestimmungen eine derart sorgfältige Abwägung der Interessen aller beteiligten Parteien vornähmen, dass sie nach dem Willen des Gesetzgebers abschließend wären.²¹ Gegen einen solch abschließenden Charakter oder ein *Lex-specialis*-Verhältnis spricht, dass anfechtungs- und gesellschaftsrechtlicher Gläubigerschutz unterschiedliche Voraussetzungen kennen.²² Gerade das wichtigste Erfordernis der Anfechtung, die Insolvenzeröffnung, führt zu einer völlig neuen Interessenbewertung, weshalb große Vorsicht geboten ist, dem Gesetzgeber eine abschließende Regelung zu unterstellen. Dies gilt umso mehr, als die umgründungsrechtlichen Schutzvorschriften dem wichtigsten insolvenzrechtlichen Anliegen, der *par creditio creditorum*, nicht ausreichend Rechnung tragen.²³ Im Übrigen ist der umgründungsrechtliche Gläubigerschutz gegenüber dem Verbot der Einlagenrückgewähr nach hM²⁴ nicht abschließend. Warum dies gegenüber der sachfremderen Materie der Insolvenzanfechtung anders sein soll, ist mE nicht einsichtig. Bei der Beurteilung der Tatbestandsvoraussetzungen ist freilich zu beachten, dass die im Interesse des Gläubigerschutzes aufgestellten Regeln (zB § 15 Abs 1 SpaltG) in vielen Fällen eine Gläubigerbenachteiligung ausschließen können. Eine generelle Immunität gegenüber den §§ 27 ff IO ist mE hingegen nicht anzunehmen.

C. Anfechtung von Verschmelzungen

1. Gang der weiteren Untersuchung

Im nächsten Schritt sind nun allfällige gläubigerbenachteiligende Rechtshandlungen im Zuge einer Umgründung auszuloten. Vorweg ist zu bedenken, dass Umgründungen anders als bspw die Gründung einer Gesellschaft sowohl für die beteiligten Gesellschaften als auch deren Gesellschafter und somit für deren jeweilige Gläubigergruppen nachteilig sein können. Es ist somit zwi-

schen der Anfechtung in der Insolvenz der Gesellschaft und der eines ihrer Gesellschafter zu differenzieren.²⁵

Nicht ausreichend unterschieden wurde im bisherigen Schrifttum allerdings, wer Urheber der jeweiligen Rechtshandlung ist. Diese Frage ist deshalb entscheidend, weil die iZm Umgründungen maßgeblichen Anfechtungstatbestände (§§ 28, 29, § 31 Z 1, 2 je Fall 2, Z 3 IO) allesamt eine Rechtshandlung des Gemeinschaftschuldners erfordern. In der Insolvenz eines Gesellschafters können daher keine Handlungen angefochten werden, die der Gesellschaft zuzurechnen sind und umgekehrt, auch wenn sich diese noch so nachteilig auf die Befriedigungsmöglichkeiten ihrer Gläubiger auswirken.

Da Umgründungen mit zahlreichen und vielfältigen Handlungen einhergehen, würde es den Rahmen sprengen, alle denkbar gläubigerbenachteiligenden Handlungen aller Arten von Umgründungen im Detail zu untersuchen. Der Beitrag widmet sich daher im Folgenden als *pars pro toto* lediglich der Verschmelzung. Die grundsätzlichen Überlegungen hinsichtlich der Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Anfechtung sind jedoch weitgehend auf Spaltungen und Umwandlungen übertragbar, wenngleich im Detail auch erhebliche Unterschiede auszumachen sind.²⁶

2. Gesellschafterebene

a) Anfechtungsvoraussetzungen

Ausgangspunkt der Überlegungen ist, worin die Benachteiligung einzelner Gesellschafter (und damit ihrer Gläubiger) überhaupt bestehen kann. Ein solcher Nachteil kann hauptsächlich darin bestehen, dass sich der Wert der Beteiligung nach der Fusion gegenüber dem früheren Anteilwert verringert. Gesellschafter der übertragenden Gesellschaften erhalten für ihre bisherigen Anteile Beteiligungen an der übernehmenden Gesellschaft und ggf bare Zuzahlungen zur Herstellung eines glatten Umtauschverhältnisses sowie zum Spitzenausgleich.²⁷ Zur Ermittlung der Höhe ihrer zukünftigen Beteiligung ist im Verschmelzungsvertrag ein Umtauschverhältnis zwischen den Aktien der beteiligten Gesellschaften festzulegen (§ 220 Abs 2 Z 3 AktG). Entspricht dieses Verhältnis nicht dem wahren Wert der jeweiligen Anteile, wirkt sich dies zwangsläufig zulasten einer der beiden Aktionärsgruppen aus.

Eine Verschmelzung vollzieht sich in mehreren Schritten, nämlich dem Abschluss des Verschmelzungsvertrags zwischen den Vorständen der beteiligten Gesellschaften (§ 220 AktG), dem zustimmenden Beschluss der Hauptversammlungen (§ 221 AktG) und der Anmeldung zum

¹⁹ Zutr König, Anfechtung⁴ Rz 3/4; Rebernik/Schmidsberger, GeS 2009, 182, 190.

²⁰ OGH 1 Ob 590/89 SZ 62/163.

²¹ Kalss/Eckert in Kodek/Konecny, Insolvenz-Forum 2007, 65, 88 zu § 15 SpaltG; Lwowski/Wunderlich, NZI 2008, 595, 597 ff; vgl auch B. Jud, NZ 2003, 161, 168 f.

²² Trenker, Insolvenzanfechtung 286; s auch dens, aaO 254 f.

²³ Vgl dazu Schopper, Anmerkungen zur Sicherstellung der Gläubiger bei der ordentlichen Kapitalherabsetzung, Verschmelzung und Spaltung, in FS Aicher (im Erscheinen) bei Fn 55 ff.

²⁴ RIS-Justiz RS0112747, zB OGH 6 Ob 4/99b GesRZ 2000, 25; 6 Ob 165/04 i AnwBl 2006, 313; Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung (2004) 236 ff; Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG I² (2012) § 52 Rz 92 f.

²⁵ So auch Kalss/Eckert in Kodek/Konecny, Insolvenz-Forum 2007, 65, 85 ff; Rebernik/Schmidsberger, GeS 2009, 182, 186 ff.

²⁶ Ausf zur Anfechtung von Spaltungen und Umwandlungen Trenker, Insolvenzanfechtung 300 ff, 316 ff.

²⁷ Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung² (2010) § 220 AktG Rz 32; Szep in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ (2010) § 220 Rz 13; Lutter/Drygala in Lutter, UmwG I⁴ (2009) § 5 Rz 19.

Firmenbuch (§ 225 AktG). Keine dieser Handlungen ist jedoch eine Handlung einzelner Gesellschafter und daher nicht in deren Insolvenz anfechtbar. Auch der Beschluss der Hauptversammlung ist als Handlung eines Organs der Gesellschaft mE dieser zuzurechnen.²⁸ Es geht nämlich um die Willensbildung der Gesellschaft.²⁹

Davon zu unterscheiden ist die Stimmabgabe des einzelnen Gesellschafters. Als Ausfluss dessen Herrschaftsrechts ist sie diesem als Privatperson zurechenbar und daher auch in dessen Insolvenz anfechtbar. Die Stimmabgabe kann allerdings nur zu einer Verkürzung der Insolvenzmasse führen, wenn sie kausal³⁰ für das Beschlussergebnis war. Eine Anfechtung setzt daher voraus, dass der Gesellschafter das „Zünglein an der Waage“ war.³¹ Unter dieser Voraussetzung ist mE auch die Stimmenthaltung als Unterlassung gem § 36 IO grundsätzlich anfechtbar.³²

Abgesehen davon steht einzelnen Gesellschaftern keine Möglichkeit offen, eine Umgründung zu verhindern. Dennoch sind sie vor der angesprochenen Übervorteilung relativ effektiv geschützt, indem ihnen gem § 225 c AktG *ex post* die Möglichkeit der gerichtlichen Überprüfung der Angemessenheit des Umtauschverhältnisses offen steht. Bei Unangemessenheit des Verhältnisses haben die Gesellschafter einen Ausgleichsanspruch gegen die Gesellschaft in Geld.³³ Dieses Antragsrecht steht seit der Aufhebung von § 225 c Abs 3 Z 2 AktG durch den VfGH auch Kleinstaktionären zu.³⁴

Keine Schwierigkeiten bereitet zunächst der gänzliche Verzicht eines Gesellschafters auf Anteilsrechte an der übernehmenden Gesellschaft gem § 224 Abs 2 Z 2 AktG. Dieser kann in aller Regel als unentgeltliche Verfügung (§ 29 IO) angefochten werden. Anfechtbar ist aber auch der Verzicht eines Gesellschafters auf das Antragsrecht gem § 225 d AktG, wenn er mit dem Vorsatz handelt, seine Gläubiger zu benachteiligen (§ 28 IO) oder der Gesellschaft (bzw seinen Mitgesellschaftern) eine unentgeltliche Zuwendung zu machen (§ 29 IO).³⁵ Dazu ist wohl in aller Regel erforderlich, dass der Gesellschafter die Unangemessenheit des Umtauschverhältnisses kennt oder zumindest ernstlich für möglich hält (§ 5 Abs 1 StGB). Dem Anfechtungsgegner³⁶ muss die Benachteiligungsabsicht bzw der *animus donandi* des Ge-

sellschafters zumindest erkennbar gewesen sein.^{37, 38} Unter diesen Voraussetzungen ist mE auch die schlichte Unterlassung der Antragstellung anfechtbar. Die unterlassene Handlung hätte nämlich ohne das Zutun Dritter zur Erlangung eines Vermögensvorteils geführt, nämlich dem Ausgleichsanspruch in Geld, womit die Anforderungen gem § 36 IO nach mE zutreffender Ansicht³⁹ erfüllt sind.

Eine Anfechtung der Unterlassung der Antragstellung, der Stimmabgabe oder -enthaltung als nachteiliges Rechtsgeschäft wegen Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit (§ 31 IO) scheidet mE hingegen aus, weil es sich um keine Rechtsgeschäfte iSd § 31 IO handelt. Ob der Verzicht (auf die Antragstellung) ein zweiseitiges Rechtsgeschäft darstellt, ist umstritten.⁴⁰ Da er jedoch eine vergleichbare Bindungswirkung hat,⁴¹ ist er mE ungeachtet dessen unter § 31 IO zu subsumieren.⁴²

b) Rechtsfolgen

Der Anspruch der Insolvenzmasse gem § 39 IO ist auf den Rückersatz dessen gerichtet, was ihr durch die anfechtbare Rechtshandlung entgangen ist. Bei der Anfechtung der Stimmabgabe oder -enthaltung ergäbe sich ein Primäranspruch auf Naturalrestitution in Form der Rückgewähr des früheren Anteils. Dieser ist allerdings untunlich, weil die beteiligten Gesellschaften nicht mehr (in ihrer ursprünglichen Verfassung) fortbestehen und die Anfechtung nicht die Verschmelzung als solche rückgängig machen kann.⁴³ Der Anspruch ist daher auf Geldersatz in Höhe der Differenz zwischen dem Anteilswert *vor* und *nach* der Fusion gerichtet. Dies ähnelt iE der Überprüfung des Umtauschverhältnisses gem § 225 c AktG. Allerdings stellt § 225 c AktG auf die Wertäquivalenz im Zeitpunkt des Verschmelzungsbeschlusses ab,⁴⁴ während die Insolvenzanfechtung den Vermögensnachteil der Masse zum Schluss der mündlichen Streitverhandlung erster Instanz im Anfechtungsprozess

²⁸ Ebenso Haas, ZIP 2006, 1373, 1376; Kirchhof in Münch-KommInsO II² § 129 Rz 37.

²⁹ Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht (2008) Rz 3/581; Hüffer in MüKoAktG IV² (2004) § 118 Rz 9.

³⁰ Siehe zum Kausalitätserfordernis unten bei und in Fn 64.

³¹ Lwowski/Wunderlich, NZI 2008, 595, 596 Fn 7.

³² Dazu Trenker, Insolvenzanfechtung 289.

³³ Kalss, Verschmelzung² § 220 AktG Rz 22.

³⁴ VfGH 21. 9. 2011, G 175/10–12.

³⁵ Zum Erfordernis des *animus donandi* zB Koziol/Bollenberger in Bartsch/Pollak/Buchegger I⁴ § 29 Rz 4.

³⁶ Anfechtungsgegner ist die übernehmende Gesellschaft. Zur Begründung unten C.2.c).

³⁷ Vgl § 28 Z 2, 3; zu § 29 IO s Koziol/Bollenberger in Bartsch/Pollak/Buchegger I⁴ § 29 Rz 5; König, Anfechtung⁴ Rz 9/9; abw OGH 6 Ob 175/01 f ZIK 2002, 103.

³⁸ Auf die komplexe Frage nach der Wissens- (zB Kenntnis der Benachteiligungsabsicht) und Willenszurechnung (zB Benachteiligungs-, Begünstigungsabsicht) bei Gesellschaften kann im vorgegebenen Rahmen nicht näher eingegangen werden. Siehe dazu ausf Trenker, Insolvenzanfechtung 89 ff, insb 100 ff.

³⁹ König, Anfechtung⁴ Rz 3/15 ff mwN auch der (herrschenden) Gegenansicht; A. Huber, Die Anfechtung von Unterlassungen nach § 36 KO und § 7 AnFO (2004) 69 f; Rebernik in Konecny/Schubert § 36 KO Rz 10 f.

⁴⁰ Dafür mit überzeugenden Argumenten Holly in Kletečka-Schauer, ABGB-ON^{1.00} § 1444 Rz 15; vgl auch Dullinger in Rumel, ABGB II/3³ (2002) § 1444 Rz 3; aA hM, zB RIS-Justiz RS0034122, zB OGH 2 Ob 583/91 NZ 1992, 130; Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II¹³ (2007) 108 f.

⁴¹ Vgl Rebernik in Konecny/Schubert § 31 KO Rz 20.

⁴² Trenker, Insolvenzanfechtung 290.

⁴³ Vgl König, Anfechtung⁴ Rz 3/4; Rebernik/Schmidsberger, GeS 2009, 182, 190 und oben B.

⁴⁴ BayOblG 3 Z BR 116/00 ZIP 2003, 254; Bork in Lutter, UmwG I⁴ § 15 Rz 3; Kalss, Verschmelzung² § 225 c AktG Rz 21.

ausgleichen will.⁴⁵ Ein weiterer Unterschied ist die *facultas alternativa* der Gesellschaft im Verfahren nach § 225 c AktG, anstattbarer Zuzahlungen auch zusätzliche Aktien zu gewähren.⁴⁶ Besonders bedeutsam ist ferner, dass die Durchsetzbarkeit des Ausgleichsanspruchs gem § 225 c AktG nach hL auf ausschüttbare Mittel der Gesellschaft beschränkt ist.⁴⁷ Denn wie gezeigt genießt die Insolvenzanfechtung als Anspruch zugunsten der Gläubiger des Gesellschafters Vorrang vor dem kapitalgesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutz, weshalb eine solche Einschränkung mE beim Anspruch gem § 39 IO nicht in Betracht kommt.

Bei der Anfechtung der Unterlassung der gerichtlichen Überprüfung des Umtauschverhältnisses bzw dem Verzicht darauf kann der Anspruch der Insolvenzmasse dagegen nicht über jenen gem § 225 c AktG hinausgehen. Denn der Insolvenzmasse ist durch die anfechtbare Rechtshandlung genau das Ergebnis dieses Verfahrens entgangen. Es ist daher auch – die Richtigkeit der hL vorausgesetzt – die Beschränkung der Durchsetzbarkeit auf die ausschüttbaren Mittel der übernehmenden Gesellschaft einschlägig. Einziger Unterschied ist, dass die Anfechtung wegen ihrer relativen Wirkung keine *Erga-omnes*-Wirkung wie gem § 225 i Abs 1 AktG mit sich bringt.

c) Anfechtungsgegner

Die bisher implizit vorausgesetzte Annahme, dass die übernehmende Gesellschaft Anfechtungsgegnerin sei, erweist sich unter Zugrundelegung der hM als zutreffend, dass jene Personen Anfechtungsgegner sind, unter deren Mitwirkung oder zu deren Gunsten eine Rechtshandlung vorgenommen wurde und die aus ihr einen Vermögensvorteil erlangen.⁴⁸ Die Unterlassung des Antrags gem § 225 c AktG oder der Verzicht gereicht der übernehmenden Gesellschaft nämlich eindeutig zum Vorteil, weil sich der entsprechende Anspruch gem § 225 e Abs 3 Satz 1 AktG gegen diese gerichtet hätte.

Die übernehmende Gesellschaft ist aber auch bei der Anfechtung der Stimmabgabe bzw -enthaltung Anfechtungsgegnerin. Bei der Anfechtung in der Insolvenz ei-

nes Gesellschafters der *übertragenden* Gesellschaft erhält die übernehmende Gesellschaft Vermögen, das mittelbar aus der Insolvenzmasse stammt. Wirtschaftlich betrachtet geben die Gesellschafter nämlich ihre Beteiligung an der übertragenden Gesellschaft zugunsten der übernehmenden Gesellschaft auf, so dass das Vermögen der übertragenden Gesellschaft auf diese übergehen kann. Die anfechtbare Handlung wird daher iE zu ihrem Vorteil vorgenommen. Auch in der Insolvenz eines Gesellschafters der *übernehmenden* Gesellschaft ist die Zielgesellschaft primäre Anfechtungsgegnerin. Vom benachteiligten Gesellschafter wurde ihr zwar nicht einmal mittelbar Vermögen übertragen; der Nachteil des Gesellschafters resultiert vielmehr allein aus der Verwässerung seines Anteils durch die überproportional hohe Beteiligung der Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft. Trotzdem hat die übernehmende Gesellschaft an der Rechtshandlung mitgewirkt, indem sie den Beschluss ausgeführt, dh die Verschmelzung vorgenommen hat und die Benachteiligung des Gläubigers somit bewirkt hat. Dies ist wie erwähnt nach hM ebenfalls ausreichendes Moment für die Qualifikation als Anfechtungsgegner.⁴⁹ Im Übrigen wäre ein unterschiedliches Ergebnis in der Insolvenz der übertragenden und übernehmenden Gesellschafter wertungsmäßig nicht zu rechtfertigen.

Wegen der erwähnten weiten Definition des Anfechtungsgegners, wonach die bloße Erlangung eines Vorteils aus der anfechtbaren Rechtshandlung ausreichend sei, drängt sich die Frage auf, ob neben der Gesellschaft auch die Gesellschafter der jeweils anderen Gesellschaftergruppe Anfechtungsgegner sind. Für die Anfechtung der Einlageleistung haben dies *Kalss/Eckert* wegen des „gesellschaftsrechtlichen Leitprinzips des Ausschlusses der Haftung des Gesellschafters für Gesellschaftsverbindlichkeiten“ verneint.⁵⁰ Dem ist iE zuzustimmen, wobei dies weniger mit gesellschaftsrechtlichen Spezifika zusammenhängt, sondern der Kreis der Anfechtungsgegner mE allgemein in gewissen Konstellationen einzuschränken ist. Leitet sich ein Vorteil lediglich mittelbar aus der Bereicherung einer anderen Person ab, wie zB der Vorteil eines Gläubigers aus der Vergrößerung seines Haftungsfonds durch eine Zuwendung an seinen Schuldner oder eben der Vorteil eines Gesellschafters durch Leistungen an „seine“ Gesellschaft, reicht dies nicht aus, um sie als Anfechtungsgegner anzusehen.⁵¹ In diesen Fällen ist lediglich eine Inanspruchnahme als Rechtsnehmer gem § 38 Abs 2 IO denkbar.⁵² Relevantes Abgrenzungskriterium ist mE, ob der mittelbare Vorteil durch eine allfällige Anfechtung gegenüber dem eigentlichen Leistungsempfänger abgeschöpft wird. Das ist in

⁴⁵ RIS-Justiz RS0064614, zB OGH 1 Ob 670/90 JBl 1991, 805; König, Anfechtung⁴ Rz 15/11.

⁴⁶ *Kalss*, Verschmelzung² § 225 c AktG Rz 22, § 225 j Rz 9 f; *Szep in Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ § 225 c Rz 3.

⁴⁷ *Reich-Rohrwig*, Kapitalerhaltung 291 ff, insb 296 ff; *Bachner*, Bewertungskontrolle bei Fusionen. Verschmelzung, Spaltung zur Aufnahme, Ausgliederung zur Aufnahme nach dem EU-GesRÄG (2000) 109 ff, 118 ff; *Szep in Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ § 225 c Rz 3; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ (2007) § 96 Rz 24 a; *Bork in Lutter*, UmwG I⁴ § 15 Rz 5; aA *Kalss*, Verschmelzung² § 225 c AktG Rz 23; *Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG I² § 52 Rz 97; *Stratz in Schmitt/Hörtnagl/Stratz*⁵ (2009) § 15 UmwG Rz 17.

⁴⁸ *Ehrenzweig*, Kommentar zur Anfechtungsordnung und zu den Anfechtungsnormen der Konkursordnung (1916) 373 ff; König, Anfechtung⁴ Rz 4/2; RIS-Justiz RS0064554, zB OGH 7 Ob 723/87 JBl 1988, 652.

⁴⁹ Siehe vorige Fn.

⁵⁰ *Kalss/Eckert* in *Kodek/Konecny*, Insolvenz-Forum 2007, 65, 85.

⁵¹ *Ausf Trenker*, Insolvenzanfechtung 120 ff.

⁵² Vgl auch König, Anfechtung⁴ Rz 4/10, der iZm der Anfechtbarkeit der Einlageleistung nur zu § 38 Abs 2 IO Stellung nimmt.

vorliegender Konstellation der Fall: Leistet die Gesellschaft den Ausgleich an die benachteiligten Gesellschafter (bzw deren Insolvenzmasse), reduziert sich der Wert der überproportionalen Beteiligung der bisherigen Gesellschafter entsprechend.⁵³

d) Sonstige Folgen

Als letzte Frage bleibt zu klären, ob – wie von *Kalss/Eckert*⁵⁴ angenommen – über den Anteil des Gesellschafters, in dessen Insolvenz die „Verschmelzung iwS“ angefochten wird, das Kaduzierungsverfahren einzuleiten ist. Dies ist mE zu verneinen, weil die Einlage des Gesellschafters rechtzeitig iSv § 66 GmbHG, § 58 AktG geleistet wurde. Bei Gesellschaftern der *übernehmenden* Gesellschaft ist dies insofern unzweifelhaft, als sie ihre Einlage bereits lange Zeit vor der Verschmelzung geleistet haben. Aber auch die Gesellschafter der *übertragenden* Gesellschaft haben ihre Einlage bei wirtschaftlicher Betrachtung dadurch erbracht, dass sie auf ihre Beteiligung an der übertragenden Gesellschaft „verzichtet“ haben, damit deren Vermögen auf die übernehmende Gesellschaft übergehen konnte. Daran kann und soll die Anfechtung nichts ändern, sondern sie ist allein darauf gerichtet, den Nachteil der Insolvenzmasse auszugleichen, dass der Gesellschafter keine angemessene Beteiligung für seine „Leistung“ erhalten hat. Das rechtfertigt mE aber kein Kaduzierungsverfahren.⁵⁵ Dementsprechend führt auch die iE vergleichbare Überprüfung der Angemessenheit der Barabfindung zweifellos nicht zur Kaduzierung des Anteils des antragstellenden Gesellschafters.

Der Gesellschaft stehen somit keine „Gegenansprüche“ gegen die Insolvenzmasse zu, weil auch § 41 IO für diese Konstellation nicht einschlägig ist. Die übernehmende Gesellschaft hat daher den Nachteil der Insolvenzmasse des Gesellschafters auszugleichen, während wirtschaftlich die Gesellschafter der jeweils anderen Aktionärsgruppe profitieren. Denn wegen des unangemessen festgesetzten Umtauschverhältnisses erhalten sie zwangsläufig eine *zu hohe* Beteiligung. Nichts anderes gilt übrigens bei einer erfolgreichen Antragstellung gem § 225c AktG, weil die Gesellschaft diesfalls ebenfalls den Verlust von Gesellschaftern auszugleichen hat, von dem eigentlich deren Mitgesellschafter profitiert haben. Der Gesellschaft steht mE dennoch kein „Rückgriffsanspruch“ gegen die begünstigten Gesellschafter zu. Als Anspruchsgrundlage kämen nur Bereicherungsansprüche der Gesellschaft in Betracht. Da es sich aber weder um eine Leistung iSe bewussten, zweckgerichteten Zuwendung⁵⁶ gem §§ 1431 ff ABGB handelt, noch

eine Sache der Gesellschaft zum Nutzen eines anderen verwendet wurde (§ 1041 ABGB) und die Gesellschaft auch keinen Aufwand für die wie gezeigt⁵⁷ nicht passivlegitimierten Gesellschafter getätigt hat (§ 1042 ABGB), findet sich mE kein geeigneter Bereicherungstatbestand. Ein Bereicherungsanspruch gegen die bevorzugten Gesellschafter wäre auch insofern problematisch, als er umgekehrt zu einer Begünstigung der ursprünglich übervorteilten Gesellschaftergruppe führen würde: Denn diesfalls profitierten sie neben der Barabfindung auch mittelbar davon, dass die Gesellschaft einen Bereicherungsanspruch gegen die Gesellschafter der anderen Gläubigergruppe geltend macht.⁵⁸ Außerdem wurde bereits angedeutet,⁵⁹ dass die Gesellschafter zumindest dann gar nicht mehr bereichert sind, wenn *alle* Gesellschafter bzw deren Insolvenzverwalter die angemessene Barabfindung verlangen. Dementsprechend wurde auch im Kontext von § 225c AktG ein derartiger Bereicherungsanspruch bislang nicht einmal diskutiert.

3. Gesellschaftsebene

Auch für die Gläubiger der beteiligten Gesellschaften kann die Anfechtung nachteilig sein. Allerdings führt eine Verschmelzung typischerweise zu einer Vergrößerung ihres Haftungsfonds. Ein unmittelbarer Nachteil ist nur möglich, wenn eine der beteiligten Gesellschaften einen negativen Verkehrswert hat. Die Verschmelzung mit einer Gesellschaft mit negativem Verkehrswert ist jedoch bereits gesellschaftsrechtlich unzulässig, wenn durch die Verschmelzung eine Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung der übernehmenden Gesellschaft zu erwarten ist.⁶⁰ Generell unzulässig ist nach der Rsp eine Fusion auf eine überschuldete Gesellschaft.⁶¹ Liegen diese Voraussetzungen aber nicht vor oder erkennt der Firmenbuchrichter diese nicht, kann die Verschmelzung unmittelbar nachteilig sein.

Daneben reicht für die Anfechtung mit einer Ausnahme⁶² auch mittelbare Benachteiligung der Gläubiger aus.⁶³ Dies setzt nach mE zutreffender Ansicht allerdings Kausalität zwischen der anfechtbaren Handlung und der Verschlechterung der Befriedigungschancen der Insolvenzmasse voraus.⁶⁴ Daran wäre insb zu denken, wenn

⁵⁷ Siehe oben C.2.c).

⁵⁸ *Trenker*, Insolvenzanfechtung 295.

⁵⁹ Oben C.2.c).

⁶⁰ *Reich-Rohrwig*, Kapitalerhaltung 283f; *Szep in Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ § 224 Rz 9f; *Koppensteiner*, Verschmelzung und Vermögensbindung, wbl 1999, 333, 339f; *G. Nowotny*, Umgründungsrecht wohin? oder der Hilferuf eines Firmenbuchrichters, *ecolex* 2000, 116, 118.

⁶¹ OGH 6 Ob 165/04 i *ecolex* 2005/58 mwN.

⁶² Gem § 31 Z 3 IO ist zusätzlich objektive Erkennbarkeit der Nachteiligkeit erforderlich.

⁶³ Statt vieler OGH 4 Ob 259/98 m SZ 71/209.

⁶⁴ Allgemein *Bollenberger*, Anfechtung von Finanzierungsgeschäften gem § 31 Abs 1 Z 2 Fall 2 KO, ÖBA 1999, 409, 410f; *Koziol/Bollenberger in Bartsch/Pollak/Buchegger* I⁴ § 27 Rz 45 je mwN; *Hirte in Uhlenbruck*, *InsO*¹³ (2010) § 129 Rz 123; aA

⁵³ Vgl zum idZ relevanten Kompensations- oder Rückkoppelungseffekt *Bachner*, Bewertungskontrolle 110ff; *Kalss*, Verschmelzung² § 225c AktG Rz 25.

⁵⁴ *Kalss/Eckert* in *Kodek/Konecny*, Insolvenz-Forum 2007, 65, 86.

⁵⁵ *Trenker*, Insolvenzanfechtung 294.

⁵⁶ HM, RIS-Justiz RS0020192, zB OGH 9 Ob 39/02 d *ecolex* 2003, 753; *Lurger in Kletečka-Schauer*, ABGB-ON^{1.01} Vor §§ 1431–1437 Rz 2 mwN.

das gebundene Vermögen der übernehmenden Gesellschaft geringer als jenes der übertragenden Gesellschaft wäre und die dadurch frei gewordenen Mittel in weiterer Folge an die Gesellschafter ausgeschüttet werden. Ein derartiger „kapitalentsperrender Effekt“ ist allerdings ohne entsprechende Kompensationsmechanismen unzulässig⁶⁵ und setzt daher ebenfalls eine Fehlbeurteilung des Firmenbuchgerichts voraus. Es zeigt sich daher, dass das Erfordernis der Gläubigerbenachteiligung nur in Ausnahmefällen zu bejahen sein wird.

Als einschlägige Tatbestände kommen bei der Übertragung einer Gesellschaft mit negativem Verkehrswert insb die Absichtsanfechtung (§ 28 IO) und die Schenkungsanfechtung (§ 29 IO) in Betracht. Bei der Übernahme einer überschuldeten Gesellschaft handelt es sich nämlich mE um eine unentgeltliche Zuwendung. Auch eine Anfechtung als nachteiliges Rechtsgeschäft gem § 31 IO ist möglich, wenn – was allerdings gesellschaftsrechtlich jedenfalls unzulässig ist – auch die übernehmende Gesellschaft zahlungsunfähig oder überschuldet ist.

Neben der wohl nur in seltenen Fällen verwirklichten allgemeinen und besonderen Voraussetzungen der Anfechtungstatbestände stößt eine Verschmelzung va auf das Problem, dass durch die Verschmelzung alle beteiligten Gesellschaften bis auf die übernehmende untergehen. Zum einen ist daher zu bedenken, dass eine Anfechtung nur in der Insolvenz der *übernehmenden* Gesellschaft möglich ist, auch wenn die Gläubiger der *übertragenden* Gesellschaft durch die Fusion benachteiligt wurden. Denn über die nicht mehr existente Gesellschaft kann auch kein Insolvenzverfahren mehr eröffnet werden. Dies ist jedoch insofern unproblematisch, als der (latente) Anfechtungsanspruch zugunsten der Gläubiger der übertragenden Gesellschaft im Wege der Universalsukzession auf die übernehmende Gesellschaft übergeht.⁶⁶

Zum anderen ist aber fraglich, gegen wen sich eine Anfechtung in der Insolvenz der übernehmenden Gesellschaft richten soll. Als potentieller Anfechtungsgegner kommt nämlich nur die übernehmende Gesellschaft, also die Schuldnerin selbst, in Betracht. Die übertragende Gesellschaft ist nämlich nicht mehr vorhanden, ihr sämtliches Vermögen ist ohnehin auf die übernehmende Gesellschaft übergegangen. Identität zwischen Schuldner und Anfechtungsgegner schließt nach hM dementsprechend die Anfechtbarkeit aus, sofern der Schuldner nicht Universalsukzessor des Anfechtungsgegners ist und sich das anfechtbar übertragene Vermögen ausnahmsweise nicht ohnehin in der Insolvenzmasse

befindet.⁶⁷ Die Anfechtung der Verschmelzung führt allerdings zu keiner derartigen Vermehrung des Haftungsfonds. Sie könnte nur auf einen Ausgleich unter den Insolvenzgläubigern hinauslaufen, dh den Gläubigern der übernehmenden Gesellschaft müsste die Verschlechterung ihrer Insolvenzquote ersetzt werden.⁶⁸

Eine derartige Durchbrechung der Gleichbehandlung der Gläubiger setzt allerdings mE eine gesetzliche Grundlage voraus. Dabei ist an eine zumindest analoge Anwendung von § 227 Abs 2 AktG zu denken, wenngleich dies vom bisherigen Schrifttum abgelehnt wird.⁶⁹ Nach dieser Bestimmung wird der Fortbestand der übertragenden Gesellschaft für Ansprüche gegen deren Verwaltungsträger und für „weitere Ansprüche, die sich für und gegen die übertragende Gesellschaft nach den allgemeinen Vorschriften auf Grund der Verschmelzung ergeben“, fingiert. Der Erlös daraus kommt gem § 228 Abs 3 AktG ausschließlich den Gläubigern und subsidiär den Aktionären der übertragenden Gesellschaft zu Gute. Zur Geltendmachung dieser Ansprüche ist ein besonderer Vertreter zu bestellen (§ 228 Abs 1 AktG).

Zunächst ist zu konstatieren, dass auch Ansprüche in der Insolvenz der übernehmenden Gesellschaft zugunsten deren Gläubiger vom Wortlaut des § 227 Abs 2 AktG erfasst sind, weil es sich um Ansprüche gegen die übertragende Gesellschaft aufgrund allgemeiner Vorschriften handelt, die gerade durch die Verschmelzung begründet wurden.⁷⁰ Selbst wenn man eine unmittelbare Anwendung ablehnt, weil der Gesetzgeber bei der Einführung von § 227 Abs 2 AktG wohl kaum insolvenzrechtliche Ansprüche vor Augen hatte, ist mE eine Analogie zu befürworten: Die planwidrige Lücke ist dabei in der Besonderheit zu erblicken, dass gerade die Gesamtrechtsnachfolge selbst die Gläubigerbenachteiligung herbeiführt. Es ist daher ein erhebliches Schutzdefizit zulasten der benachteiligten Gläubigergruppe im Vergleich zu herkömmlichen Fällen der Universalsukzession gegeben, in denen eine Anfechtung mangels Anfechtungsgegners zu Recht ausscheidet. Die übertragbare Wertungsgrundlage von § 227 Abs 2 AktG besteht im Normzweck, zu verhindern, dass Ansprüche gegen die übertragende Gesellschaft ins Leere gehen, und zu garantieren, dass Ansprüche für die Gesellschaft ausschließlich deren Gläubiger bzw Aktionären (und nicht auch denen der übernehmenden Gesellschaft) zu Gute

König, Kausalität der Nachteiligkeit bei der Konkursanfechtung, wbl 1989, 257, 258 mwN; vgl bereits oben Fn 30.

⁶⁵ OGH 6 Ob 4/99b GesRZ 2000, 25; Eckert, Kapitalentsperrung bei Verschmelzungen, Teil I, GeS 2006, 383ff; Reich-Rohrwig, Kapitalerhaltung 235ff mwN.

⁶⁶ Rebernik/Schmidsberger, GeS 2009, 182, 188; allgemein Henckel in Jaeger, InsO IV § 129 Rz 33; Hirte in Uhlenbruck, InsO¹³ § 130 Rz 13; BGH VIII ZR 32/77 NJW 1978, 1525 zu § 142 HGB.

⁶⁷ König, Anfechtung⁴ Rz 4/5 mwN.

⁶⁸ Für den umgekehrten Fall, dass die Gläubiger der übertragenden Gesellschaft aufgrund eines – vom Firmenbuchrichter nicht erkannten – negativen Verkehrswerts der übernehmenden Gesellschaft benachteiligt werden, gilt dasselbe entsprechend.

⁶⁹ Rebernik/Schmidsberger, GeS 2009, 182, 188; Kalss/Eckert in Kodek/Konecny, Insolvenz-Forum 2007, 65, 87.

⁷⁰ Allerdings ist für den umgekehrten Fall zu bedenken, dass es sich bei der Insolvenzanfechtung um keinen Anspruch „für [...] die übertragende Gesellschaft“ handelt, sondern der Anspruch der Insolvenzmasse zusteht. Umso mehr besteht jedoch mE ein Bedürfnis, die Rechte der Gläubiger nicht leerlaufen zu lassen, weshalb in diesem Fall eine analoge Anwendung geboten ist.

kommen.⁷¹ Denn dieses Problem liegt auch der zu untersuchenden Kostellation zugrunde. Auch der mit der (analogen) Anwendung von § 227 Abs 2 AktG verbundenen Durchbrechung der Gleichbehandlung der Gläubigergruppen stehen aufgrund des erwähnten Spezifikums, dass in diesem Fall erst die anfechtbare Rechts-handlung selbst im Wege der Gesamtrechtsnachfolge bewirkt hat, dass beide Gläubigergruppen gleich zu behandeln sind, mE keine Bedenken entgegen. Gerade die Auswirkungen der anfechtbaren Handlung bezweckt die Anfechtung nämlich zu beseitigen.⁷²

Aus systematischer Sicht spricht zwar das Erfordernis der Bestellung eines besonderen Vertreters gegen die Anwendbarkeit von § 227 Abs 2 AktG auf Anfechtungsansprüche, weil dies dem Anfechtungsmonopol⁷³ des Insolvenzverwalters widerspräche.⁷⁴ Allerdings lässt sich § 228 Abs 1 AktG mE zwanglos als gesetzliche Ausnahme zum Anfechtungsmonopol ansehen, sofern man eine (analoge) Anwendung von § 227 Abs 2 AktG für gerechtfertigt hält. Denn die Bestellung eines gesonderten Vertreters ist lediglich konsequent, weil der Insolvenzverwalter nicht gleichzeitig die Insolvenzmasse und die als fortbestehend fingierte Gesellschaft vertreten kann. Außerdem wäre nicht ausreichend gewährleistet, dass der Insolvenzverwalter einen Prozess auf sich nimmt, der zu keiner Vermehrung der Haftungsmasse führt, sondern lediglich zu einer Veränderung der Quoten.⁷⁵

Gute Gründe sprechen daher mE für eine (analoge) Anwendung von § 227 Abs 2 iVm § 228 Abs 1 AktG auf die Anfechtung einer Verschmelzung. Das bedeutet, dass zugunsten der jeweils benachteiligten Gläubigergruppe⁷⁶ ein gesonderter Vertreter zu bestellen ist. Die Bestellung erfolgt gem § 228 Abs 1 AktG auf Antrag eines (benachteiligten) Gläubigers. Bei erfolgreicher Anfechtung ist eine Sondermasse zugunsten der benachteiligten Gläubiger in Höhe der Quotenverschlechterung zu bilden, die durch die Fusion eingetreten ist.

Dabei sind jedoch zwei Besonderheiten zu beachten: Da die Anfechtung nicht zwischen Alt- und Neugläubigern differenziert,⁷⁷ sind erstens auch Neugläubiger der über-

nehmenden Gesellschaft, dh Gläubiger, die ihren Anspruch nach der Verschmelzung erworben haben, an der Sondermasse zu beteiligen.⁷⁸ Daran ändert es nichts, dass sie nicht Gläubiger der untergegangenen Gesellschaft selbst waren, sondern nur Gläubiger ihrer Universalsukzessorin sind, weil auch der latente Anfechtungsanspruch Teil des übertragenen Vermögens ist. Zweitens ist der Anspruch der benachteiligten Gläubiger auf den Ausgleich ihres „Quotenschadens“ seinerseits nur quotenmäßig zu befriedigen. Denn die Anfechtung richtet sich entweder gegen die als fortbestehend fingierte übertragende Gesellschaft oder gegen die insolvente übernehmende Gesellschaft. In beiden Fällen geht die Anfechtung allein zulasten der jeweils anderen Gläubigergruppe. Wie bei der „echten“ Doppelinsolvenz⁷⁹ ist der Anspruch gem § 39 IO daher wegen derselben Wertungsgrundlage, nämlich der prinzipiellen Schutzwürdigkeit der Gläubiger des Anfechtungsgegners,⁸⁰ nur quotenmäßig, mE in Höhe der allgemeinen Insolvenzquote, zu befriedigen.

Zur Veranschaulichung dieser relativ komplexen Ausführungen soll folgendes Beispiel⁸¹ dienen: Die A-AG (Aktiva: 100; Passiva: 600) wird auf die B-AG fusioniert. Die B-AG verfügt vor der Verschmelzung über Aktiva von 100 und Passiva von 100. Nach der Fusion werden weitere Verbindlichkeiten in Höhe von 100 begründet. Die Insolvenzquote beliefe sich daher ohne Verschmelzung auf 50%. Tatsächlich liegt die Quote aber nur noch bei 25% (Aktiva: 200; Passiva: 800). Der Quotenschaden der Gläubiger der B-AG beläuft sich also auf 25%. Ihre Ansprüche betragen 100, daher müssen die Gläubiger der A-AG den Gläubigern der B-AG gem § 39 IO 25 ersetzen. Dieser Anspruch ist aber nur quotenmäßig, dh zu 25% (= 6,25), zu befriedigen. Zugunsten der ursprünglichen Gläubiger der B-AG und deren Neugläubiger ist daher eine Sondermasse in Höhe von 6,25 zu bilden. Um diesen Betrag sind die Ansprüche der Gläubiger der A-AG zu kürzen.

4. Resümee

Der Anfechtung von Umgründungsmaßnahmen steht grundsätzlich weder das kapitalgesellschaftsrechtliche Gläubigerschutzsystem entgegen, noch sind die umgründungsrechtlichen Schutzbestimmungen abschließend oder als *leges speciales* zu §§ 27 ff IO anzusehen. Dennoch wurde anhand der Verschmelzung gezeigt, dass sich eine Anfechtung der mit der Umgründung ver-

⁷¹ Vgl Kalss, Verschmelzung² § 227 AktG Rz 3; Grunewald in Lutter, UmwG I⁴ § 25 Rz 2.

⁷² Trenker, Insolvenzanfechtung 299.

⁷³ Dazu zB OGH 6 Ob 108/06k ZAK 2006/571; Petschek/Reimer/Schiemer, Das österreichische Insolvenzrecht (1973) 379; König, Anfechtung⁴ Rz 15/27.

⁷⁴ Rebernik/Schmidsberger, GeS 2009, 182, 188.

⁷⁵ Trenker, Insolvenzanfechtung 298 f.

⁷⁶ § 228 Abs 1 ist zwar unmittelbar nur auf die Geltendmachung von Ansprüchen zugunsten der Gläubiger (bzw Gesellschafter) der übertragenden Gesellschaft zugeschnitten. Die Bestimmung ist jedoch mE in vorliegender Konstellation analog auf die Anspruchsgeltendmachung zugunsten der benachteiligten Gläubiger der übernehmenden Gesellschaft anzuwenden. Denn die Problemlage des „Interessenkonflikts“ des Insolvenzverwalters ist wertungsmäßig identisch.

⁷⁷ Siehe nur § 8 Abs 1 AnFö sowie ErläutRV zum AnfG 1884 (256 BgNR 9. GP), abgedruckt bei Kaserer, Die Gesetze vom 16. März 1884, betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen zah-

lungsunfähiger Schuldner (1884) 101 f; dazu auch Nunner-Krautgasser, Schuld (2007) 338 ff.

⁷⁸ Zu diesem Problem Trenker, Insolvenzanfechtung 88 f; aA mit Abweichungen BGH VIII ZR 32/77 NJW 1978, 1525; Rebernik/Schmidsberger, GeS 2009, 182, 188; Henckel in Jaeger, InsO IV § 129 Rz 33.

⁷⁹ Siehe oben bei und in Fn 9.

⁸⁰ Vgl ausf Koziol, Grundlagen 39 f, 54; Trenker, Insolvenzanfechtung 20 f.

⁸¹ Beispiel nach Trenker, Insolvenzanfechtung 300 Fn 1597.

bundenen vermögensrechtlichen Wirkungen auf relativ wenige Fälle beschränkt: In der Insolvenz einzelner Gesellschafter sind die Nachteile aus einem unangemessenen Umtauschverhältnis anfechtbar, wenn sie auf eine Rechtshandlung eines Gesellschafters zurückzuführen sind. Dabei ist an eine Unterlassung der Antragstellung gem § 225 c AktG oder einen Verzicht darauf sowie eine „beschlusskausale“ Stimmabgabe oder -enthaltung zu denken. In der Insolvenz der übernehmenden Gesellschaft ist eine Gläubigerbenachteiligung regelmäßig nur bei der idR ohnehin gesellschaftsrechtlich unzulässigen Beteiligung einer Gesellschaft mit negativem Verkehrswert gegeben. In diesem Fall läuft die Anfechtung

auf die Beseitigung der durch die Fusion herbeigeführten Quotenverschlechterung der benachteiligten Gläubigergruppe hinaus. Das Problem des fehlenden Anfechtungsgegners kann mE durch (analoge) Anwendung von § 227 Abs 2 iVm § 228 Abs 1 AktG gelöst werden.

Über den Autor:

MMag. Dr. **Martin Trenker** ist Ass. am Inst für Unternehmens- und Steuerrecht der Universität Innsbruck und Autor zahlreicher Publikationen mit besonderem Schwerpunkt auf den Schnittstellen zwischen Gesellschafts- und Insolvenzrecht.

Rechtsprechung

Grundbuch, Wohn- und Liegenschaftsrecht

NZ 2012/139

§ 15 ff, 39 Abs 5 LiegTeilG idF GB-Nov 2008; Auslegung der intertemporalen Vorschriften der GB-Nov 2008

1. Ein Buchberechtigter kann wegen einer vor dem 1. 1. 2009 erfolgten Beschlussfassung über einen Anmeldebogen des Vermessungsamts mit seinen Einwendungen nicht auf den erst mit der GB-Nov 2008 geschaffenen Einspruch verwiesen werden.

2. Danach stand der Buchberechtigten auch noch im Rekursverfahren der Einwand offen, es sei weder Einvernehmen über die Rechtsabtretung bzw ein Rechtsverlust noch ein Enteignungsverfahren erfolgt.

3. Das Grundbuchsgericht hat den Beteiligten die Möglichkeit zu eröffnen, ein erzieltes Einvernehmen urkundlich nachzuweisen.

OGH 24. 4. 2012, 5 Ob 12/12v (LGZ Graz 31. 8. 2011, 4 R 71/11 g; BG Mureck 29. 6. 1998, TZ 881/98)

Zulassung oRevision

Aus den Entscheidungsgründen:

Aufgrund eines Anmeldebogens des VerMA Leibnitz vom 19. 5. 1998, A-143/98, eines Plans des DI Alexander L vom 24. 10. 1996, 14.515, und des Bescheids des VerMA Leibnitz vom 18. 9. 1997, P-289/97, ordnete das (später durch § 1 des Bezirksgerichte-Verordnung Steiermark, BGBl II 2002/82, mit dem BG Bad Radkersburg zusammengelegte) BG Mureck mit B vom 29. 6. 1998, 3 Nc 19/98 k, zur Verbücherung der Anlage „KG A Weg-GSt 1365, 1301/2, 1303/16; KG A Teil des Weges 1083/2“ gemäß §§ 15 ff LiegTeilG aF von Amts wegen in der EZ 286 KG A die lastenfreie Abschreibung des Trennstückes 9 aus dem GSt 162/4 und dessen Zuschreibung zur EZ 50000 öff Gut (Straßen und Wege) unter gleichzeitiger Einbeziehung in das GSt 1301/2 sowie die Löschung des GSt 162/4 an.

Zu Gunsten der RevRekWerberin sind ob der Liegenschaften EZ 286 KG A ein Vorkaufsrecht sowie ein Fruchtgenussrecht verbüchert. Der B des BG Mureck wurde ihr erst am 15. 2. 2011 zugestellt.

In ihrem Rek machte die grundbücherl Berechtigte geltend, es sei mit ihr weder ein Einvernehmen über die Rechtsabtretung bzw den Rechtsverlust hergestellt worden, noch habe jemals ein förmli Enteignungsverf stattgefunden. Die Voraussetzungen für das vereinfachte Verf nach den §§ 15 ff LiegTeilG hätten nicht vorgelegen, weil es sich bei den von der Abschreibung betr GSt nicht aussch um Weganlagen handle; der Anmeldebogen decke sich nicht mit dem Bescheid des VerMA. „Für den Fall der rechtskräftigen Verwerfung (Ab- bzw Zurückweisung)“ ihres Rek erhob die Buchberechtigte auch „Einspruch gemäß § 20 LiegTeilG“.

Das RekG sprach aus, dass das RM, soweit darin der Einwand erhoben werde, die RekWerberin sei in ihren bücherl Rechten verletzt worden, weil kein Einvernehmen über die Rechtsabtretung bzw den Rechtsverlust vorliege, als Einspruch iSd § 20 LiegTeilG idF der GB-Novelle 2008 zu behandeln sei und die Entscheidung hierüber dem ErstG zukomme (Punkt 1 a des Spruchs). Im Übrigen gab es dem Rek keine Folge (Punkt 1 b). Der oRevRek sei zulässig, weil hg Rsp zu § 20 LiegTeilG in der durch die GB-Novelle 2008 geänderten Fassung nicht vorliege. Insb fehle Rsp, wie „mit dem doppelgleisigen Rechtsschutzsystem vorzugehen sei“.

Der dagegen erhobene RevRek der bücherl Berechtigten ist zulässig und berechtigt, weil die Auslegung der Übergangsbestimmung des § 39 Abs 5 LiegTeilG idF Art III Z 12 BGBl I 2008/100 durch das RekG korrekturbedürftig ist.

1. Dem angef B des BG Mureck liegt ein Anmeldebogen des VerMA Leibnitz zugrunde. Zutr ist das RekG daher davon ausgegangen, dass auf das RMVerf die Vorschriften des Verf außer Streitsachen zur Anwendung