

DIPLOMARBEIT

zur Erlangung

des Grades eines
Magisters der Rechtswissenschaften
an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Karl-Franzens Universität Graz

über das Thema

Das Spannungsverhältnis zwischen dem Grundsatz der Kapitalerhaltung und den Anfechtungsansprüchen gegenüber einer Kapitalgesellschaft

eingereicht bei

Univ.-Prof. i. R. Dr. Gunter Nitsche
Institut für Österreichisches und Internationales
Unternehmens- und Wirtschaftsrecht

vorgelegt von

Bakk. Christoph Kirchmeier
0614069

Graz, Juli 2012

Ehrenwörtliche Erklärung

Ich, Christoph Kirchmeier, erkläre ehrenwörtlich, dass ich die eingereichte Diplomarbeit selbstständig verfasst, andere als die angegebenen Quellen und Hilfsmittel nicht benutzt und mich auch sonst keiner unerlaubten Hilfsmittel bedient habe. Ich versichere ferner, dass ich diese Diplomarbeit bisher weder im In- noch im Ausland in irgendeiner Form als wissenschaftliche Arbeit vorgelegt habe.

Graz am:

Unterschrift:

Vorwort

Die Diplomarbeit wurde am 4. Juli fertiggestellt und am Institut für österreichisches und internationales Unternehmens- und Wirtschaftsrecht an der Karl-Franzens-Universität eingereicht.

An dieser Stelle möchte ich Herrn Univ.-Prof. i. R. Dr. Gunter Nitsche nicht nur für die Betreuung der Diplomarbeit danken, sondern auch dafür, dass er mich im Laufe meines Studiums für das Gesellschafts- und Insolvenzrecht begeistert hat. Ich bedanke mich auch bei ihm, dass er es mir ermöglicht hat über dieses Diplomarbeitsthema zu schreiben.

Des Weiteren möchte ich mich auch bei Herrn RA Mag. Mario Kapp bedanken, der mich auf dieses Thema aufmerksam gemacht hat und mir diverse Ressourcen zur Verfügung gestellt hat sowie bei etwaigen Fragen immer ein offenes Ohr für mich hatte.

Mein größter und abschließender Dank gilt meinen Eltern, Monika und Alfred Kirchmeier, ohne die ich den Weg meiner Ausbildung nicht gehen hätte können. Meine Familie hat immer an mich geglaubt und mich mein ganzes Leben lang auf jede erdenkliche Art und Weise unterstützt, besonders indem Sie mir die nötige Ruhe, Freiheit und Energie gegeben haben.

Graz, Juli 2012

Christoph Kirchmeier

Inhaltsverzeichnis

Ehrenwörtliche Erklärung	I
Vorwort	II
Abbildungsverzeichnis.....	VII
Abkürzungsverzeichnis.....	VIII
Einleitung.....	1
1 Der Grundsatz der Kapitalerhaltung.....	3
1.1 Allgemeine Einführung.....	3
1.1.1 Kapitalaufbringungs Vorschriften	3
1.1.2 Kapitalerhaltungsgrundsatz.....	4
1.2 Verbot der Einlagenrückgewähr	5
1.2.1 Definition	5
1.2.2 Normzweck	5
1.2.2.1 Gläubigerschutz.....	7
1.2.2.2 Minderheitenschutz	7
1.2.2.3 Schutz potenzieller Anleger	8
1.2.3 Verdeckte Gewinnausschüttung	8
1.2.4 Relevante Gesellschaftsformen	8
1.2.5 Relevanter Personenkreis.....	9
1.2.6 Verbotene Leistungen – Judikatur	10
1.2.7 Rechtsfolgen nach einem Verstoß	12
1.2.7.1 Rückgewährungsanspruch	12
1.2.7.2 Ausfallhaftung der Mitgesellschafter	13
1.2.7.3 Außenhaftung des Aktionärs	13
1.2.7.4 Schadenersatzhaftung der Organmitglieder	13
1.2.7.5 Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts und Straftatbestände	14
1.3 Leistungen von Nachschüssen in der GmbH	14
1.4 Eigenkapitalersatz-Gesetz (EKEG)	15

2	Anfechtungsrecht im Insolvenzverfahren.....	17
2.1	Einleitung	17
2.2	Zweck des Anfechtungsrechts	18
2.3	Allgemeiner Anfechtungstatbestand	18
2.4	Befriedigungstauglichkeit und Gläubigerbenachteiligung	19
2.4.1	Befriedigungstauglichkeit	19
2.4.2	Gläubigerbenachteiligung	20
2.5	Besondere Voraussetzungen	21
2.5.1	Absichtsanfechtung gem § 28 Z 1-3 IO.....	21
2.5.2	Begünstigungsanfechtung gem § 30 IO.....	21
2.5.3	Kenntnisanfechtung gem § 31 IO.....	22
2.6	Anfechtbarkeit während des Sanierungsverfahrens	23
2.7	Anfechtungsprozess	24
2.7.1	Parteien.....	24
2.7.2	Geltendmachung.....	24
2.7.3	Doppelbegehren.....	24
2.8	Gläubigeranfechtung nach der Anfechtungsordnung	25
3	Spannungsverhältnis Grundsatz der Kapitalerhaltung und	
	Anfechtungsansprüche.....	26
3.1	Einführungsbeispiel	26
3.1.1	Sachverhalt – Teil 1	26
3.1.2	Sachverhalt – Teil 2	26
3.2	Einführung	27
3.2.1	Gesellschafterebene	28
3.2.2	Gesellschaftsebene.....	28
3.3	Insolvenzanfechtung von Einlageleistungen.....	29
3.3.1	Allgemeine Problemstellung.....	29
3.3.2	Bestandschutz – Einwand gegen die Geltendmachung des Anfechtungsrechts?	30
3.3.2.1	Gründungsmängel	31
3.3.2.2	Beitrittsmängel.....	32
3.3.2.3	Verhältnis Bestandschutz – Anfechtungsrecht	33
3.3.3	Einlagenrückgewähr.....	34

3.3.3.1	Historischer Rückblick - Dinglichkeitstheorie	35
3.3.3.2	Aktuelle Lage	35
3.3.4	Judikatur des OGH vom 26.05.2010	36
3.3.4.1	Sachverhalt – OGH 3 Ob 51/10m.....	36
3.3.4.2	Die Entscheidung des OGH 3 Ob 51/10m.....	38
3.3.4.3	Aus den Entscheidungsgründen des OGH.....	38
3.3.5	Vorrang des Anfechtungsrechts	39
3.3.6	Gläubigerschutz	40
3.3.6.1	EuGH „Centros“	41
3.3.6.2	EuGH „Inspire Art“	42
3.3.7	Kritik an der OGH Entscheidung und hL	42
3.3.7.1	Folgen.....	44
3.3.7.2	Kompromiss – ungebundenes Vermögen	44
3.3.8	Differenzierung Insolvenz- und Gläubigeranfechtung	45
3.3.9	Konkurrenz zwischen Insolvenzanfechtung und Rückzahlungssperre	45
3.3.10	Ausnahme Doppelinsolvenz.....	45
3.3.11	Subjektive Komponente des Anfechtungsgegners	46
3.3.12	Keine Gläubigerbenachteiligung - Anstieg des Geschäftsanteils?.....	48
3.3.13	Der Gesellschafter als Anfechtungsgegner.....	48
3.3.14	Kaduzierungsverfahren bei einer Ein-Personen-GmbH.....	48
3.3.15	Kongruente Deckung	49
3.3.16	Konsequenzen für die Praxis	50
3.4	Insolvenzanfechtung von Umgründungsmaßnahmen	50
3.4.1	Allgemeine Problemstellung.....	50
3.4.2	Verschmelzung	51
3.4.2.1	Einleitung und Varianten	51
3.4.2.2	Bestandschutz	52
3.4.2.3	Gläubigerschutz und Kapitalerhaltung.....	55
3.4.2.4	Einlagenrückgewähr	58
3.4.2.5	Anfechtung auf Gesellschafterebene	62
3.4.2.6	Anfechtung auf Gesellschaftsebene	67
3.4.3	Spaltung	70
3.4.3.1	Einleitung und Arten	70
3.4.3.2	Bestandschutz	71

3.4.3.3	Gläubigerschutz und Kapitalerhaltung.....	73
3.4.3.4	Einlagenrückgewähr	76
3.4.3.5	Anfechtung auf Gesellschafterebene	78
3.4.3.6	Anfechtung auf Gesellschaftsebene	79
3.4.4	Einbringung	83
3.4.4.1	Einleitung und Grundlagen	83
3.4.4.2	Kapitalerhaltung.....	84
3.4.5	Vorrangfrage zwischen Kapitalerhaltungsrecht und Anfechtungsrecht bei Umgründungsvorgängen	86
3.5	Konkurrenz zwischen Anlegerschutz und Kapitalerhaltungsgrundsatz	88
3.5.1	Einleitung	88
3.5.2	Meinungen aus der Literatur	88
3.5.3	Anlassfall vom 30.03.2011, 7 Ob 77/10i	89
3.5.3.1	Sachverhalt und Begehren	89
3.5.3.2	Entscheidung und Entscheidungsgründe	90
3.5.4	Anleger oder Aktionär?	91
3.5.5	Kritik - Vorrangfrage als Wertungsfrage.....	91
3.5.6	Anlegerschutz durch Irrtumsanfechtung	92
3.5.7	Anfechtung wegen arglistiger Täuschung	94
3.5.8	Haftung des Anlageberaters	95
3.6	Lösung Einführungsbeispiel.....	96
3.6.1	Sachverhalt – Teil 1	96
3.6.2	Sachverhalt – Teil 2	98
4	Resümee bzw eigene Stellungnahme	100
4.1	Kapitalerhaltungsgrundsatz – eine schwankende tragende Säule	100
4.2	Insolvenzrecht vor Gesellschaftsrecht.....	100
4.3	Schutz des Schwächeren und Kompromisslösung.....	102
	Literaturverzeichnis	XII
	Entscheidungsverzeichnis.....	XX

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1: Verschmelzung Gesellschafterebene - Variante 1.....	65
Abbildung 2: Verschmelzung Gesellschafterebene - Variante 2.....	66
Abbildung 3: Verschmelzung Gesellschaftsebene – Negativer VK	68
Abbildung 4: Verschmelzung Gesellschaftsebene – Negativer VK II	70
Abbildung 5: Spaltung Gesellschafterebene	78
Abbildung 6: Spaltung Gesellschaftsebene - Variante 1.....	80
Abbildung 7: Spaltung Gesellschaftsebene - Variante 2.....	82

Abkürzungsverzeichnis

aA	anderer Ansicht
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch idgF
Abs	Absatz
AG	Aktiengesellschaft idgF
AHGB	Allgemeines Handelsgesetzbuch
AktG	Aktiengesetz
AM	anderer Meinung
AnfO	Anfechtungsordnung idgF
Anm	Anmerkung
AußStrG	Außerstreitgesetz idgF
Bekl	Beklagter
bezgl	bezüglich
BGH	(deutscher) Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BWG	Bankwesengesetz idgF
bzw	beziehungsweise
ca.	circa
ders	derselbe
dies	dieselbe
dt	deutscher
E	Entscheidung
Ebda.	ebenda
ecolex	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
EKEG	Eigenkapitalersatz-Gesetz idgF
ErstG	Erstgericht
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f	folgend
FB	Firmenbuch
FBG	Firmenbuchgesetz idgF

ff	und der, die folgenden
FN	Fußnote
FS	Festschrift
GeS	Zeitschrift für Gesellschaftsrecht und Steuerrecht
GesRZ	Der Gesellschafter, Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
GesRÄG	Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz
gem	gemäß
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung
hA	herrschende Auffassung, herrschende Ansicht
HGB	Handelsgesetzbuch
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
idgF	in der geltenden Fassung
idR	in der Regel
idS	in diesem Sinne
IO	Insolvenzordnung
iSd	im Sinn des, - der
iSv	im Sinne von
iVm	in Verbindung mit
JBl	Juristische Blätter
JN	Jurisdiktionsnorm
Jud	Judikatur
Kap.	Kapitel
KapGes	Kapitalgesellschaft
KG	Kommanditgesellschaft
KI	Kläger
KMG	Kapitalmarktgesetz idgF
KO	Konkursordnung
Lfg.	Lieferung
LG	Landesgericht
Lit	Literatur
MBA	Management Buyout

M E L	Meinl European Lands
Mio	Millionen
mwN	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr	Nummer
NZ	Österreichische Notariatszeitung
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZI	Neue Zeitschrift für das Recht der Insolvenz und Sanierung
Ob	Aktenzeichen der Entscheidungen des OGH in Zivilrechtssachen
OGH	Oberster Gerichtshof
OLG	Oberlandesgericht
ÖBA	Österreichisches Bankarchiv
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
Pkw	Personenkraftwagen
RdW	Österreichisches Recht der Wirtschaft
RG	Reichsgericht
RGBI	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgericht in Zivilrechtssachen
RIS	Rechtsinformationssystem des Bundes
RL	Richtlinie
RS	Rechtssatz
Rsp	Rechtsprechung
RWZ	Zeitschrift für Recht und Rechnungswesen
Rz	Randzahl
S	Seite
SE	Societas Europaea
SN	Stellungnahme
Slg.	Sammlung
SpaltG	Spaltungsgesetz idgF
StGB	Strafgesetzbuch idgF
stRsp	ständige Rechtsprechung
SWK	Steuer- und Wirtschaftskartei
SZ	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes
UGB	Unternehmensgesetzbuch idgF

UmgrStG	Umgründungssteuergesetz idgF
UmwG	Umwandlungsgesetz idgF
URG	Unternehmensreorganisationsgesetz idgF
vgl.	vergleiche
VW	Verkehrswert
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
W	Woche
Wbl	Wirtschaftsrechtliche Blätter
Z	Ziffer
zB	zum Beispiel
ZFR	Zeitschrift Finanzmarktrecht
ZfS	Zeitschrift für Schadensersatzrecht
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (deutsche)
ZIK	Zeitschrift für Insolvenzrecht und Kreditschutz
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

Einleitung

In der aktuellen Entwicklung des Gesellschaftsrechts wird der Grundsatz der Kapitalerhaltung als „tragende Säule“ des Gesellschaftsrechts immer mehr von verschiedenen Rechtsexperten hinterfragt. Diverse Entscheidungen des OGH haben die tragende Säule langsam aber doch ins Schwanken gebracht und sorgen zugleich als umfassender Zündstoff für viele Diskussionen rund um diese Thematik. Die Rechtsmeinungen gehen hier oft weit auseinander und machen den Anschein, als wäre der Kapitalerhaltungsgrundsatz für Kapitalgesellschaften doch nicht das unangefochtene „Um und Auf“ im Kapitalgesellschaftsrecht. Mit dem Angriff auf die Säule wird auch Hand in Hand der gesellschaftsrechtliche Gläubigerschutz angegriffen, welcher Schritt für Schritt weg vom Gesellschaftsrecht immer mehr in Richtung des Anfechtungsrechts wandert.

In den letzten Jahren hat sich speziell zwischen dem Grundsatz der Kapitalerhaltung und den Anfechtungsansprüchen sowie gegenüber dem Marktschutz des Kapitalmarktrechts eine sehr hohe Spannung aufgebaut. Der OGH hat in seinen teilweise spektakulären Entscheidungen das Spannungsverhältnis gegen den Kapitalerhaltungsgrundsatz entschieden und jeweils den anderen Rechtsgebieten den Vorrang gegeben.

Die folgende Diplomarbeit ist im Gesellschafts-, Insolvenz- und Kapitalmarktrecht angesiedelt. Sie soll den aktuellen Stand zu dem Spannungsverhältnis zwischen dem Kapitalerhaltungsgrundsatz und den Anfechtungsansprüchen einer Kapitalgesellschaft sowie die Spannung hinsichtlich des Kapitalmarktrechts anhand von Literaturmeinungen bzw. Rechtsprechungen wiedergeben. Darüber hinaus wird auch die, bis jetzt noch, entscheidungslose Problematik der Anfechtung von Umgründungsmaßnahmen mitbehandelt.

Die Diplomarbeit ist in vier Kapitel gegliedert, wobei die ersten zwei Kapitel nur einer einleitenden Einführung in die Problematik dienen. Das erste Kapitel behandelt den Grundsatz der Kapitalerhaltung an sich und geht dabei speziell auf das Verbot der Einlagenrückgewähr näher ein. Das zweite Kapitel beschäftigt sich mit dem insolvenzrechtlichen Anfechtungsrecht und gibt einen Überblick über die wichtigs-

ten Bestimmungen, wie etwa die Anfechtungsvoraussetzungen und dem Vorgang des Anfechtungsprozesses an sich.

Das dritte Kapitel befasst sich mit den verschiedenen Spannungsverhältnissen gegenüber dem Kapitalerhaltungsgrundsatz und geht speziell auf die erstmalige österreichische Rechtsprechung bezüglich der Anfechtung von Einlagen bzw Kapitalerhöhungen ein. Anschließend wird die aktuelle Literaturmeinung zu der Anfechtung von Umgründungsmaßnahmen näher erläutert sowie, wieder anhand von OGH Entscheidungen, auf die Spannung zwischen dem Gesellschaftsrecht und dem Kapitalmarktrecht (Anlegerschutz) eingegangen.

Abschließend wird im letzten Kapitel die gesamte Problematik resümiert sowie eine eigene Stellungnahme abgegeben.

1 Der Grundsatz der Kapitalerhaltung

1.1 Allgemeine Einführung

Das wertvolle Privileg einer Haftungsbeschränkung und die damit verbundene Befreiung von der persönlichen Haftung für Gesellschaftsverbindlichkeiten kommt nur einer Kapitalgesellschaft zu Gute. Im Gegensatz zu einer Personengesellschaft steht den Gläubigern einer AG oder GmbH als Haftungsfonds nur das Gesellschaftsvermögen, welches aus der Aufbringung des gesetzlichen (Mindest-) Grund- und Stammkapitals besteht, zur Verfügung. Die rechtliche, vermögensmäßige und haftungsrechtliche Unterscheidung zwischen der KapGes und ihren Gesellschaftern bzw Aktionären wird als Trennungsprinzip bezeichnet.¹

Um einen sicheren Gläubigerschutz sowie einen Schutz der Gesellschafter selbst bei einer Kapitalgesellschaft zu garantieren, ist es wichtig, dass die Gesellschaft über ein Mindestkapital verfügt und auch kein unbeschränktes Entnahmerecht der Gesellschafter besteht. Diese Schutzmechanismen werden durch die Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsvorschriften gewährleistet und dienen als adäquates und notwendiges Gegengewicht zur Haftungsfreiheit der Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft.²

1.1.1 Kapitalaufbringungsvorschriften

Das Prinzip der Kapitalerhaltung umfasst nicht nur die Kapitalerhaltungsvorschriften, sondern auch die Vorschriften über die Kapitalaufbringung wie beispielsweise das Gebot der Einbringung eines Mindestkapitals schon vor Entstehen der Gesellschaft, das Gebot der Bewertungskontrolle bei Sacheinlagen, das an die Gesellschaft gerichtete Verbot eigene Aktien zu zeichnen, das Verbot der Einlagenverzinsung sowie das Verbot der Leistungsbefreiung und Kompensation.³

Auf die Kapitalaufbringungsvorschriften wird an dieser Stelle aber nicht näher eingegangen, sondern der Fokus wird auf die Kapitalerhaltungsvorschriften gelegt.

¹ Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung bei AG, GmbH sowie GmbH & Co KG (2004) 8 ff; Krejci, Anlegerschutz des Aktionärs, Kapitalerhaltung und fehlerhafte AG, GesRZ 2011, 196.

² Krejci, GesRZ 2011, 196.

³ Krejci, GesRZ 2011, 196.

1.1.2 Kapitalerhaltungsgrundsatz

Die sogenannte tragende Säule des Kapitalgesellschaftsrechts bildet der Grundsatz der Kapitalerhaltung und die zahlreichen Vorschriften wie etwa das grundsätzliche Verbot durch die Gesellschaft eigene Anteile zu erwerben oder das Verbot der Vermögensentnahme sowie das Verbot der Einlagenrückgewähr. Die Kapitalerhaltungsvorschriften stellen einen wesentlichen Bestandteil des Systems der Gläubigerschutzes bei Kapitalgesellschaften dar und dienen dem Zweck das Stamm- bzw Grundkapital als dauernden Grundstock gegen Schmälerungen durch Leistungen an die Gesellschafter zu schützen. In der Entscheidung vom 11.11.1999 sprach der OGH im Zusammenhang mit den Kapitalerhaltungsvorschriften davon, dass „*der Gläubigerschutz eine fest verankerte Leitidee im Gesellschaftsrecht der Kapitalgesellschaft ist.*“⁴ Zusammengefasst bedeutet es, dass die Kapitalerhaltungsvorschriften mit dem Gläubigerschutz Hand in Hand gehen, denn würde das Kapital nach Belieben reduziert und entnommen werden, würde dies zu einer Reduzierung des Haftungsfonds für die Gläubiger auf Null führen. Die Aufbringung des Stammkapitals der Gesellschaft nach den gesetzlichen Wertungen als „*realen Befriedigungsfonds*“ der Gläubiger⁵ und die „*Wahrung der Gläubigerinteressen*“⁶ sind das Ziel.⁷

In der deutschen Literatur zum deutschen Aktienrecht wird auch von einem Grundsatz der Vermögensbindung und nicht, wie in Österreich, von einem Grundsatz der Kapitalerhaltung gesprochen.⁸

Das Aktien- und GmbH-Recht enthält zahlreiche Kapitalerhaltungsvorschriften, jedoch ist im Zusammenhang mit dem Spannungsverhältnis zum Anfechtungsrechts insb das Verbot der Einlagenrückgewähr von großer Bedeutung. Um die Problematik dieses Spannungsverhältnisses besser erläutern zu können, wird zuerst im Folgenden auf den Begriff der Einlagenrückgewähr näher eingegangen.

⁴ OGH 6 Ob 4/99b GesRZ 2000, 25 = JBI 2000, 188.

⁵ OGH 7 Ob 548/93 SZ 66/90.

⁶ OGH 1 Ob 2085/96s SZ 69/96 = wbl 1996, 370; ecolex 1998, 487.

⁷ Reich-Rohrwig, Kapitalerhaltung 93.

⁸ Bayer in Goette/Habersack, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz³ (2008) § 57 Rz 9.

1.2 Verbot der Einlagenrückgewähr

1.2.1 Definition

Schon 1932⁹ wurde das Verbot der Einlagenrückgewähr vom Reichsgericht als „*Grundpfeiler der Haftungsbeschränkung*“ der Gesellschafter bezeichnet und auch der OGH bzw die hL sehen das Verbot der Einlagenrückgewähr als tragenden Grundsatz der Kapitalerhaltung.¹⁰ Die jeweiligen Bestimmungen finden sich für die AG in §§ 52, 54 und 56 AktG sowie für die GmbH mit geringen Abweichungen in §§ 82 und 83 GmbHG. Die relevanten Verbotstatbestände enthalten § 52 AktG mit Ergänzungen in § 54 AktG und § 82 GmbHG. Die restlichen Bestimmungen beinhalten die Rechtsfolgen.¹¹

Die Verbotsnorm in § 52 AktG lautet: *„Den Aktionären dürfen die Einlagen nicht zurückgewährt werden; sie haben, solange die Gesellschaft besteht, nur Anspruch auf den „Bilanzgewinn“, der sich aus der Jahresbilanz ergibt, soweit er nicht nach Gesetz oder Satzung von der Verteilung ausgeschlossen ist. Als Rückgewähr von Einlagen gilt nicht die Zahlung des Erwerbspreises beim zulässigen Erwerb eigener Aktien (§§ 65, 66),“* und gem § 54 AktG *„darf unter die Aktionäre nur der aus der Jahresbilanz sich ergebende „Bilanzgewinn“ verteilt werden; Zinsen dürfen ihnen weder zugesagt noch ausgezahlt werden.“*¹²

Beinahe gleich bestimmt § 82 Abs 1 GmbHG: *„Die Gesellschafter können ihre Stammeinlage nicht zurückfördern; sie haben, so lange die Gesellschaft besteht, nur Anspruch auf den nach dem Jahresabschluss als Überschuss der Aktiven, soweit dieser nicht aus dem Gesellschaftsvertrag oder durch einen Beschluss der Gesellschafter von der Verteilung ausgeschlossen ist.“* Auch im GmbHG ist in § 82 Abs 3 eine ergänzende Bestimmung hinsichtlich der Zinsen geregelt.¹³

1.2.2 Normzweck

Der Zweck der genannten Normen dient der Absicherung des Stammkapitals als dauernden Grundstock der Gesellschaft und des Befriedigungsfonds der Gläubiger

⁹ Reich-Rohrwig, Kapitalerhaltung, 93; RG HRR 1932 Nr 1762; RGZ 168, 292, 297f.

¹⁰ Fleck, Der Grundsatz der Kapitalerhaltung- seine Auswirkungen und seine Grenzen, in Luttner/Ulmer/Zöllner, FS 100 Jahre GmbHG (1992) 391.

¹¹ Karollus, Einlagenrückgewähr und verdeckte Gewinnausschüttung im Gesellschaftsrecht in Leitner (Hrsg.), Handbuch verdeckte Gewinnausschüttung (2010) 13.

¹² §§ 52, 54 AktG.

¹³ §§ 82 Abs 1, Abs 3 GmbHG.

gegen Schmälerung durch Leistung an die Gesellschafter.¹⁴ Durch die Verbotsnorm wird grundsätzlich jede vermögensmindernde Leistung der AG bzw GmbH an ihre Aktionäre bzw Gesellschafter erfasst, davon ausgenommen ist der gesetzliche Dividendenanspruch sowie andere zugelassene Ausnahmen und drittübliche Austauschgeschäfte.¹⁵

Reich-Rohrwig ist der Ansicht, dass der Wortlaut der Vorschriften missglückt ist, da sich das Verbot nicht nur auf die Einlagen bezieht, sondern das gesamte Vermögen der KapGes geschützt ist.¹⁶ Das Verbot bezieht sich auch auf nachfolgende Gesellschafter bei einem etwaigen Wechsel und ist somit unabhängig davon, wer wirklich die Einlage geleistet hat.¹⁷ Nach Sinn und Zweck der Vorschrift können auch Leistungen an ehemalige oder zukünftige Gesellschafter¹⁸ sowie an den Gesellschaftern nahe stehende Dritte und an Inhaber von Genussscheinen unter das Verbot der Einlagenrückgewähr fallen.¹⁹

Das deutsche GmbH-Recht schließt sich nicht ganz dem österreichischen Recht an, denn es umfasst nur das nach §§ 30 und 31 dGmbHG zur Deckung der formellen Stammkapitalziffer notwendige Kapital und nicht wie nach dem österreichischen Aktien- und GmbH-Recht bzw ebenso nach deutschem Aktienrecht das gesamte Kapitalgesellschaftsvermögen inklusive aller bilanziellen Rücklagen, Gewinnvortrag und stiller Reserven.²⁰ In Österreich handelt es sich weder um ein reines Gewinnausschüttungsverbot, noch um nur ein ledigliches Verbot der Rückzahlung von Einlagen, sondern es geht um ein umfassendes Ausschüttungsverbot.²¹ Ein Verstoß liegt gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr dann vor, wenn die Gesellschaft mit einem Gesellschafter ein Geschäft abgeschlossen oder durchgeführt hat, das mit einem Dritten zu diesen Konditionen nicht abgeschlossen worden wäre (sogeannter *Drittvergleich*). Ein objektives Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung zu Lasten der Gesellschaft reicht aus. Das Geschäft muss nach frem-

¹⁴ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar³ (2007) § 82 Rz 3.

¹⁵ *Reich-Rohrwig*, Kapitalerhaltung 96.

¹⁶ *Reich-Rohrwig*, Kapitalerhaltung 96.

¹⁷ OGH 6 Ob 288/99t wbl 2000, 330 = GesRZ 2000, 89.

¹⁸ *Koppensteiner/Rüffler*, Die Bestellung von Sicherheiten durch eine Kapitalgesellschaft für Verbindlichkeiten ihrer Gesellschafter, GesRZ 1999, 99.

¹⁹ *Braumann*, Gewinnscheine und Anlegerschutz, ÖBA 1984 401 ff; OGH 7 Ob 267/02v ecolex 2003, 531/215.

²⁰ *Reich-Rohrwig*, Kapitalerhaltung 98 f.

²¹ *Krejci*, Zum GmbH- rechtlichen Ausschüttungsverbot, WBI 1993, 271.

denüblichen Bedingungen abgeschlossen werden und somit dem *Fremdvergleich* standhalten.²²

Der OGH hat die Bindung des gesamten Vermögens mit folgendem Rechtssatz unter anderem zum Ausdruck gebracht: „*Unzulässig ist jeder Vermögenstransfer von der Gesellschaft zum Gesellschafter in Vertragsform oder auf andere Weise, der den Gesellschafter auf Grund des Gesellschaftsverhältnisses zulasten des gemeinsamen Sondervermögens bevorteilt.*“²³

1.2.2.1 Gläubigerschutz

Der Hauptzweck des Verbots der Einlagenrückgewähr dient dem Gläubigerschutz und wurde vom OGH schon öfters in seinen Entscheidungen bestätigt. Auch bei der Grundsatzentscheidung zur GmbH & Co KG wurde es erst wieder hervorgehoben: „*Nach nunmehr ständiger oberstgerichtlicher Rechtsprechung ist Zweck der Bestimmung des § 82 Abs 1 GmbHG, das Stammkapital als „dauernden Grundstock der Gesellschaft“ und als einziges „dem Zugriff der Gläubiger freigegebenes Befriedigungsobjekt“ gegen Schmälerung durch Leistung an die Gesellschafter abzusichern.*“²⁴ Das Verbot der Rückgewähr wird auch in der hL in erster Linie als eine Gläubigerschutzvorschrift gesehen.²⁵

1.2.2.2 Minderheitenschutz

Reich-Rohrwig sieht einen weiteren Zweck in dem aus den Vorschriften hervorgehenden Minderheitenschutz für Aktionäre bzw GmbH-Gesellschafter und deren Gleichbehandlung, da durch das Ausschüttungsverbot sich kein Gesellschafter gegenüber einem Anderen rechtswidrig bereichern kann. Dieser spielt keine Rolle bei einer Einmann-AG bzw –GmbH.²⁶ Einer anderen Ansicht sind hier *Koppensteiner* und *Rüffler*, welche die Gleichbehandlung der Gesellschafter lediglich als eine Nebenfolge sehen und nicht als Zweck der Regelung.²⁷

²² *Kalss*, Ausgewählte Fragen zu Kapitalmaßnahmen in *Konecny* (Hrsg.), Insolvenzf-Forum 2008 (2009) 201 mwN; *Kodek*, Einlagenrückgewähr – ausgewählte neuere Judikatur in *Konecny* (Hrsg.), Insolvenzf-Forum 2010 (2011) 187 ff.

²³ OGH 6 Ob 288/99t GesRZ 2000, 89.

²⁴ OGH 2 Ob 225/07p GesRZ 2008, 310.

²⁵ *Karollus*, Einlagenrückgewähr 19 mwN; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 82 Rz 3; *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), Kommentar zum Aktiengesetz I (2003) § 52 Rz 4.

²⁶ *Reich-Rohrwig*, Kapitalerhaltung 100.

²⁷ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 82 Rz 3.

1.2.2.3 Schutz potenzieller Anleger

Die Regelungen des Aktienrechts schützen auch potenzielle Anleger auf dem Kapitalmarkt durch die Verhinderung von Dividendenausschüttungen, welche nicht aus dem Gewinn oder von Gewinnrücklagen stammen. Anders könnten die Anleger zum Erwerb der Aktien verleitet werden, da die Ertragssituation der AG falsch dargestellt wird.²⁸

1.2.3 Verdeckte Gewinnausschüttung

Der Begriff der verdeckten Gewinnausschüttung ist auf das Steuerrecht zurückzuführen und wird so im Unternehmensrecht nicht verwendet. Das Verbot der Einlagenrückgewähr kommt diesem Begriff aber sehr nahe. Es wird definiert als *alle unmittelbaren oder mittelbaren, nicht ohne weiteres als Ausschüttungen von Gewinnanteilen erkennbaren Zuwendungen aus dem Vermögen der Körperschaft an die an ihr beteiligten Personen, die sich als Zuwendung von Teilen des Einkommens der Körperschaft darstellen.*²⁹ Die verdeckte Gewinnausschüttung wird ausdrücklich gem § 8 Abs 2 KStG verboten. Im Vordergrund des Steuerrechts steht die korrekte Ermittlung des Einkommens und nicht der Gläubigerschutz wie im Unternehmensrecht. Es bestehen Parallelen zur Begriffsbildung im Gesellschaftsrecht, jedoch muss das Begriffsverständnis in beiden Rechtsgebieten nicht zwingend deckungsgleich sein. Es besteht die Möglichkeit, dass gesellschaftsrechtlich kein Verbot der Einlagenrückgewähr vorliegt, aber eine steuerrechtliche verdeckte Gewinnausschüttung zu bejahen ist.³⁰

1.2.4 Relevante Gesellschaftsformen

In den Anwendungsbereich des Verbots der Einlagenrückgewähr fallen alle Kapitalgesellschaften wie die AG (§§ 52, 54, 56 AktG), die GmbH (§§ 82, 83 GmbHG) und auch eine Europäische Aktiengesellschaft (SE) mit Sitz in Österreich, auf welche nach Art 5 SE-VO nationales Recht anzuwenden ist.³¹

Bei Personengesellschaften mit mindestens einer natürlichen Person als unbeschränkt haftendem Gesellschafter existiert kein vergleichbares Verbot, aber dies wird durch die unbeschränkte Gesellschafterhaftung kompensiert und führt so zu

²⁸ Nowotny Ch., Gebundene Rücklagen, GesRZ 1996, 68 ff; Reich-Rohrwig, Kapitalerhaltung 102.

²⁹ VwGH 98/13/0055 GeS aktuell 2003, 318.

³⁰ Kodek, Einlagenrückgewähr 188 mwN.

³¹ Karollus, Einlagenrückgewähr 20.

einem Ersatz des strengen Kapitalschutzes. Anders sieht es bei den sogenannten verdeckten Kapitalgesellschaften aus, wo der OGH in seiner Entscheidung vom 29.5.2008 die Anwendung des Verbots bestätigt hat. Der Gerichtshof kam zum Ergebnis, „dass das Verbot der Einlagenrückgewähr gem § 82 Abs 1 GmbHG auch auf den „Nur“ Kommanditisten einer GmbH & Co KG analog anzuwenden ist und der Rückersatzanspruch gem § 83 Abs 1 GmbHG dabei der KG zusteht.“³² In der Literatur hat diese Entscheidung als Zündstoff für viele Diskussionen angeregt und geteilte Meinungen hervorgerufen. Jedoch ist die Entscheidung in keiner Weise überraschend gekommen, denn der Gerichtshof³³ hat schon vorher in diese Richtung tendiert.³⁴

Es besteht kein Verbot der Einlagenrückgewähr für Vereine, da sich der Gesetzgeber im VerG 2002 bewusst gegen die Aufstellung eines besonderen Kapitalschutzsystems entschieden hat. Ein Ausschüttungsverbot an die jeweiligen Mitglieder kann aus dem Verbot der vereinszweckwidrigen Vermögensverwendung gem § 1 Abs 2 VerG 2002 abgeleitet werden.³⁵ Bei den Privatstiftungen existiert eine konkret auf den Schutz der Gläubigerinteressen abzielende Zuwendungssperre gem § 17 Abs 2 Satz 2 PSG, welche sich auch auf eine verdeckte Gewinnausschüttung erweitert auslegen lässt, aber nicht als äquivalent zu der umfassenden Ausschüttungssperre des Kapitalgesellschaftsrechts zu werten ist.³⁶ Anders sieht es bei Genossenschaften aus, hier besteht grundsätzlich ein Verbot der Einlagenrückgewähr für die Einlage und auch für das Geschäftsguthaben.³⁷

1.2.5 Relevanter Personenkreis

Die nächste Frage die sich stellt ist, welcher Personenkreis von den Verbotstatbeständen erfasst ist? So sind grundsätzlich alle Gesellschafter unabhängig von ihrer Beteiligungshöhe erfasst, jedoch nicht, die Leistungen an Dritte. Es kommt zu unterschiedlichen Rechtsfolgen, je nachdem, ob das Rechtsgeschäft mit einem Dritten oder mit einem Gesellschafter abgeschlossen wurde. Im Drittgeschäft geht es um die Sorgfaltspflicht der Organe und nicht, wie bei den Gesellschaftern, um das

³² OGH 2 Ob 225/07p GesRZ 2008, 310.

³³ OGH 8 Ob 2124/96b ecolex 1996, 863.

³⁴ Karollus, Einlagenrückgewähr 20 ff.

³⁵ Krejci/Bydlinski/Webe-Schallauer, Vereinsgesetz 2002 Kurzkommentar² (2009) § 1 Rz 33 f.

³⁶ Arnold, Privatstiftungsgesetz Kommentar² (2007) Rz 63; Karollus, Gläubigerschutz bei der Privatstiftung in Gassner (Hrsg.), Privatstiftungen (2000) 43 ff.

³⁷ Karollus, Einlagenrückgewähr 22 mwN.

Verbot der Einlagenrückgewähr. Die Straftatbestände gem §§ 153 und 156 StGB können in beiden Fällen eine Rolle spielen.³⁸

Der Anwendungsbereich des Verbots der Einlagenrückgewähr kann auch in gewissen Konstruktionen erweitert werden, so etwa bei gesellschaftsähnlichen Personen. Bei den gesellschaftsähnlichen Personen kommt es zu einer Gleichstellung mit Gesellschaftern und somit werden nicht nur Zuwendungen an unmittelbare Gesellschafter erfasst, *sondern auch jene Zuwendungen, welche an mittelbar beteiligte Gesellschafter sowie an sonstige verbundene Unternehmen oder sonst an Gesellschaften, die wirtschaftlich dem Gesellschafter zuzurechnen sind*, vollzogen werden. Beispiele dafür sind etwa Zuwendungen an: Großmutter- oder Urgroßmuttergesellschaft,³⁹ Schwestergesellschaften,⁴⁰ ehemalige und zukünftige Gesellschafter⁴¹ sowie Treuhänder.⁴² Hingegen noch nicht ausreichend geklärt ist die Behandlung von atypisch stillen Gesellschaftern und Substanz-Genussberechtigten⁴³ sowie die Einbeziehung von Familienangehörigen eines Gesellschafters.⁴⁴ Auch der Durchgriff bei Privatstiftungen ist noch nicht umfassend gelöst.⁴⁵

1.2.6 Verbotene Leistungen – Judikatur

Der OGH und VwGH haben ständig mit sehr kreativen und neuen Sachverhalten zu tun, welche den Tatbestand der Einlagenrückgewähr erfüllen und somit eine verbotene Leistung darstellen. Gesellschafter versuchen auf vielen Wegen Geld aus der Gesellschaft zu schaffen und so das Vermögen zu mindern. Im Folgenden werden anhand von der Judikatur einige Fälle aufgezählt:⁴⁶

³⁸ Karollus, Einlagenrückgewähr 29 ff.

³⁹ Artmann in Jabornegg/Strasser (Hrsg.), Kommentar zum AktG⁵ (2011) § 52 Rz 33; Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss (Hrsg.), AktG I § 52 Rz 48.

⁴⁰ OGH 6 Ob 288/99t GesRZ 2000, 89; OGH 3 Ob 287/02f GesRZ 2004, 57; OGH 9 Ob 25/08d; Artmann in Jabornegg/Strasser (Hrsg.), AktG⁵ § 52 Rz 32; Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss (Hrsg.), AktG I § 52 Rz 46 f; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 82 Rz 18; Reich-Rohrwig, Kapitalerhaltung 167 f.

⁴¹ Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss (Hrsg.), AktG I § 52 Rz 37 f; Artmann in Jabornegg/Strasser (Hrsg.), AktG⁵ § 52 Rz 30.

⁴² Artmann in Jabornegg/Strasser (Hrsg.), AktG⁵ § 52 Rz 31; Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss (Hrsg.), AktG I § 52 Rz 40 f.

⁴³ Ebda.

⁴⁴ Artmann in Jabornegg/Strasser (Hrsg.), AktG⁵ § 52 Rz 31; Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss (Hrsg.), AktG I § 52 Rz 45.

⁴⁵ Karollus, Einlagenrückgewähr 30 ff.

⁴⁶ Beispiele wurden entnommen aus Jaufer, Das Unternehmen in der Krise (2010) 274 f und Kodex, Einlagenrückgewähr, 189 f.

- Überhöhte Gehälter oder Pensionszusagen;⁴⁷
- Übernahme von Versicherungsprämien durch die Gesellschaft;⁴⁸
- Privataufwendungen eines Gesellschafters in der GmbH;⁴⁹
- Forderungsverzicht gegenüber Gesellschafter;⁵⁰
- Verzinsung einer Privatschuld eines Gesellschafters;⁵¹
- Mithaftung der GmbH für Leasingraten des Pkw des Gesellschafters;⁵²
- Veräußerung einer Bibliothek durch den Gesellschafter an die Gesellschaft mit einem überhöhten Einzelstückpreis der Bücher;⁵³
- Anweisung der KapGes an ihren Schuldner, die Zahlung direkt an einen Aktionär/Gesellschafter zu leisten, obwohl dieser nicht Gläubiger der KapGes ist;⁵⁴
- Unentgeltliche Übertragung des Klientenstocks der GmbH an ihren Gesellschafter, auch wenn dies als Teileinbringung gem Art III UmgrStG erfolgt;⁵⁵
- Umgründungsmaßnahmen mit negativen Verkehrswert.⁵⁶

Auch klassische Fälle sind Zahlung an den Gesellschafter auf Grundlage eines nicht wirksam festgestellten Jahresabschlusses oder eines nichtigen Gewinnverteilungsbeschlusses.⁵⁷ Eine weitere Problematik betrifft den gerechten Mietzins, da es auch hier relativ einfach zu einem Verbot der Einlagenrückgewähr kommen kann. Der Gesellschafter vermietet an die Gesellschaft zu einem überhöhten bzw nicht ortsüblichen Mietzins und vermindert so das Vermögen der Gesellschaft. Der OGH sah auch in diesem Fall einen Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr.⁵⁸

Die aufgezählten Fälle sind nur ein minimaler Teil aller Möglichkeiten, wie das Ausschüttungsverbot verwirklicht werden kann.

⁴⁷ VwGH 99/15/0178 GeS aktuell 2004, 287.

⁴⁸ VwGH 91/14/0020 ecolex 1992, 273.

⁴⁹ OGH 9 Ob 127/04y ecolex 2006, 222.

⁵⁰ VwGH 2004/14/0066 RWZ 2006, 175.

⁵¹ VwGH 1218/, 1287/78 ÖJZ 1980,162.

⁵² OGH 10 Ob 16/06k RdW 2007, 283.

⁵³ VwGH 2006/15/0215 ÖStZ 2011, 28.

⁵⁴ OGH 4 Ob 252/02s ecolex 2003, 83.

⁵⁵ OGH 6 Ob 2110/96d ecolex 1997, 851.

⁵⁶ OGH 6 Ob 4/99b.

⁵⁷ Saurer in *Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), AktG I § 52 Rz 18.

⁵⁸ OGH 6 Ob 132/10w EvBl 2011, 167 = Zak 2010, 395.

1.2.7 Rechtsfolgen nach einem Verstoß

Wenn es zu einem Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr bzw Ausschüttungsverbot gekommen ist, kommen grundsätzlich folgende Sanktionen in Betracht:⁵⁹

- Rückgewährungsanspruch;
- Ausfallhaftung der Mitgesellschafter;
- Außenhaftung des Aktionärs;
- Schadenersatzhaftung der Organmitglieder;
- Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts;
- Strafrechtliche Sanktionen.

Die aufgezählten Sanktionen werden nachfolgend nun kurz näher erläutert.

1.2.7.1 Rückgewährungsanspruch

Kommt es zu einer verbotenen Leistung an einen Gesellschafter ist die primäre Rechtsfolge die Leistung rückgängig zu machen. Dieser Anspruch steht der Gesellschafter bzw dem Masseverwalter, wenn die Gesellschaft insolvent ist, zu. Schwieriger wird es, wenn ein Gesellschafter einen Gewinnanteil im guten Glauben bezogen hat. Grundsätzlich besteht hier kein Rückgewährungsanspruch gem § 83 Abs 1 Satz 2 GmbHG bzw § 56 Abs 3 AktG. Diese Vorschriften basieren auf der Gutgläubigkeit des Leistungsempfängers und gelten nur in den Fällen der Dividendenauszahlung zb wenn sich ein Jahresabschluss als nichtig herausstellt und nachträglich angefochten wird. Der Gesellschafter muss die Gutgläubigkeit beweisen und es darf ihn keine Fahrlässigkeit treffen.⁶⁰ Es existiert keine Gutgläubigkeit bei der verdeckten Gewinnausschüttung, was bedeutet, dass der Rückgewährungsanspruch der Gesellschaft bestehen bleibt.⁶¹ Der Umfang des Anspruches hängt von dem Umfang der Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes ab. Es ist nicht möglich auf den Rückgewährungsanspruch zu verzichten oder aufzurechnen. Auch eine Stundung ist nicht verboten.⁶² Den Vorständen bzw Geschäftsführern droht eine Haftung bei Nichtgeltendmachung des Anspruches. In der Praxis kommt es oft erst im Konkurs der Gesellschaft zu einer Geltendmachung.⁶³

⁵⁹ Karollus, Einlagenrückgewähr 35 ff.

⁶⁰ Artmann in Jabornegg/Strasser (Hrsg.), AktG⁵ § 56 Rz 16; Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss (Hrsg.), AktG I § 56 Rz 35.

⁶¹ Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 83 Rz 10.

⁶² Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss (Hrsg.), AktG I § 56 Rz 20; Artmann in Jabornegg/Strasser (Hrsg.), AktG⁵ § 56 Rz 15.

⁶³ Karollus, Einlagenrückgewähr 35 ff mwN.

1.2.7.2 Ausfallhaftung der Mitgesellschafter

Bei der GmbH kommt es zu einer Ausfallhaftung der Mitgesellschafter in der Höhe des vorangegangenen Abganges beim Stammkapital, wenn durch eine verbotene Zahlung das Vermögen der Kapitalgesellschaft verringert wurde. Die Ausfallhaftung tritt erst dann ein, wenn der primär haftende Leistungsempfänger nicht zur Haftung herangezogen werden kann bzw es zu keiner Schadenersatzzahlung der haftpflichtigen Organmitglieder gekommen ist. Die Ausfallhaftung ist in § 83 Abs 2 und 3 GmbHG geregelt.⁶⁴

1.2.7.3 Außenhaftung des Aktionärs

Gem § 56 Abs 1 AktG kommt es auch bei der Aktiengesellschaft zu einer Außenhaftung der Aktionäre gegenüber den Gesellschaftsgläubigern in Höhe der verbotenen Leistung. Solch eine Außenhaftung gibt es nicht bei der GmbH, jedoch können die Gesellschaftsgläubiger im Wege der Pfändung und Überweisung auf den der Gesellschaft zustehenden Erstattungsanspruch greifen. Bei der AG besteht auch hier wieder eine Ausnahme für den gutgläubigen Dividendenerwerb der Aktionäre.⁶⁵

1.2.7.4 Schadenersatzhaftung der Organmitglieder

Durch den Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr kommen auch Schadenersatzhaftungsansprüche gegenüber Organmitgliedern in Betracht. Diese Ansprüche sind nicht nur relevant bei einer verbotenen Leistung bzw Verstoß gegen das Ausschüttungsverbot, sondern auch dann, wenn (wie vorher schon erwähnt) ein vorhandener Rückgewährungsanspruch nicht geltend gemacht wird.⁶⁶ Auch eine Verletzung der Überwachungsfunktion des Aufsichtsrates kann zu einer Haftung führen. Der OGH⁶⁷ entschied auch, dass ein auf Weisung bzw mit Zustimmung der Gesellschafter handelnder Geschäftsführer auch zur Haftung herangezogen werden kann, da es sich um zwingendes Recht handelt.⁶⁸

⁶⁴ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 83 Rz 14 f; *Karollus*, Einlagenrückgewähr 38 f.

⁶⁵ *Karollus*, Einlagenrückgewähr 38 mwN.

⁶⁶ *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer* (Hrsg.), Österreichisches Gesellschaftsrecht⁶ (2008) Rz 4/432.

⁶⁷ OGH 3 Ob 287/02f GesRZ 2004, 57.

⁶⁸ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 20 Rz 9, § 25 Rz 17 mwN; *Karollus*, Einlagenrückgewähr 39 f.

1.2.7.5 Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts und Straftatbestände

Nach hL und ständiger Rsp ist bei einem Rechtsgeschäft, welches gegen das Ausschüttungsverbot verstößt, von der Nichtigkeit gem § 879 Abs 1 ABGB auszugehen.⁶⁹ Es ist jedoch die Frage, welche Reichweite zum Tragen kommt und ob es sich somit um eine Gesamt- oder Teilnichtigkeit handelt. *Karollus* ist der Ansicht, „dass der Gesellschaft stets die Möglichkeit zustehen sollte, das Geschäft zu angemessenen Konditionen aufrecht zu erhalten.“ Er begründet es damit, „dass das Verbot der Einlagenrückgewähr nicht den Gesellschafter, sondern die Gesellschaft schützen soll. Es soll zu keinen Vorteilen für den Gesellschafter aus der Nichtigkeitssanktion kommen.“⁷⁰

Auch Straftatbestände, wie der Untreue gem § 153 StGB oder der betrügerischen Krida gem § 156 StGB, können in Betracht kommen.⁷¹

1.3 Leistungen von Nachschüssen in der GmbH

Die Bestimmungen der Kapitalerhaltung umfassen auch die Regelungen über die Leistung von Nachschüssen gem §§ 72-74 GmbHG. Die Leistung eines Nachschusses ändert nichts am vorhandenen Stammkapital, sondern bildet ein eigenes Nachschusskapital, welches der Gesellschaft zur freien Verfügung steht. Die Gesellschafter haben die Nachschüsse gem § 72 Abs 3 GmbHG nach dem Verhältnis ihrer Stammeinlage zu leisten, somit muss jeder Gesellschafter die vereinbarte Nachschusspflicht (im Gesellschaftsvertrag) erfüllen. Bleibt ein Gesellschafter säumig, kann dieser gem § 73 Abs 1 GmbHG geklagt oder dem Kaduzierungsverfahren gem §§ 66-69 GmbHG unterworfen werden. Es besteht auch die Möglichkeit, die eingezahlten Nachschüsse gem den Voraussetzungen in § 74 GmbHG wieder zurückzuzahlen. Bei einer vorschriftswidrigen Rückzahlung kann es zu einer Haftung des Empfängers, der geschäftsführenden Organe und der übrigen Gesellschafter gem §§ 25, 83 GmbHG kommen.⁷²

⁶⁹ OGH 4 Ob 2078/96h JBI 1997, 108.

⁷⁰ *Karollus*, Einlagenrückgewähr 40 f; OGH 14.09.2006, 6 Ob 200/06i RdW 2007/247, 215.

⁷¹ *Karollus*, Einlagenrückgewähr 41.

⁷² *Untergrabner*, Mindestkapital und Kapitalerhaltung bei der GmbH im Lichte europaweiter Tendenzen (2009) 100 f; *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht (2007) Rz 2455 ff.

1.4 Eigenkapitalersatz-Gesetz (EKEG)

Auch die Regeln über eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen zählen zu dem erweiterten Kreis der Kapitalerhaltung und dienen dem Zweck das Kapital der Gesellschaft den Gläubigern zu erhalten. Seit dem Jahr 2004 ist das Eigenkapitalersatz-Gesetz (EKEG) die gesetzliche Grundlage für diesen Bereich. Vor der gesetzlichen Regelung in Österreich wurde die Rsp⁷³ an die deutsche Rsp angelehnt und in Analogie zu §§ 74 Abs 1, 83 GmbHG. Zum Schutz der Gläubiger wurde ein Darlehen, welches die Gesellschafter der Gesellschaft in der Krise, dh im Stadium der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung der Gesellschaft bzw im Stadium der Kreditunwürdigkeit gewährten, wie Eigenkapital behandelt und konnte dadurch während der Krise nicht zurückgefordert werden. Die Gesellschafter waren bei einem Verstoß gegen dieses Prinzip zu einem Rückersatz gem § 83 Abs 1 GmbHG verpflichtet. Durch das EKEG bekam diese Regel eine gesetzliche Grundlage mit Einschränkungen, welche vorher so nicht in der Rsp geregelt wurden. Eine Ausnahme betrifft beispielsweise Kleingesellschafter, welche keinen kontrollierenden Einfluss auf die Gesellschaft haben, diese sind von der Anwendung des EKEG ausgeschlossen. Gem § 5 Abs 1 EKEG fallen nur solche Gesellschafter in die Anwendung des Gesetzes, welche entweder kontrollierend oder mit einem Mindestanteil von 25 % an der Gesellschaft beteiligt sind. Auch Personen die einen herrschenden Einfluss auf die Gesellschaft haben, aber nicht Gesellschafter sind, fallen in den Anwendungsbereich des EKEG.⁷⁴

Ein Kredit in der Krise fällt nur dann in die Kategorie des Eigenkapitals, wenn er von einer Person gegeben wurde, welche unter die erfassten Gesellschafter gem § 5 EKEG fällt. Es ist wichtig, zwischen dem Stadium vor und in der Krise zu unterscheiden, da ein Kredit im Stadium vor der Krise immer gewährt werden kann, ohne die Rechtsfolgen des EKEG zu fürchten und somit nicht als Eigenkapital zu sehen ist. Gem § 2 EKEG befindet sich eine Gesellschaft dann in der Krise, wenn diese zahlungsunfähig (§ 66 IO), überschuldet (§ 67 IO) oder ein Reorganisationsbedarf iSd Unternehmensreorganisationsgesetzes gem §§ 23, 24 URG vorliegt.⁷⁵

⁷³ OGH 8 Ob 9/91 ecolex 1991, 697.

⁷⁴ *Untergrabner*, Mindestkapital 104 f.

⁷⁵ Ebd.

„Der Gesellschafter kann einen Eigenkapital ersetzenden Kredit samt den darauf entfallenden Zinsen nicht zurückfordern, solange die Gesellschaft nicht saniert ist und, wenn das Insolvenzverfahren nach einem bestätigten Sanierungsplan aufgehoben ist, soweit der Rückzahlungsanspruch die Sanierungsplanquote übersteigt (gem § 14 EKEG).“ Für einen Kredit iSd EKEG besteht eine Rückzahlungssperre und auch in der Insolvenz sind die Kreditforderungen gem § 57a IO nachrangig. Im EKEG entfällt der Rückerstattungsanspruch auch für einen gutgläubigen Gesellschafter, da keine Gutgläubigkeitsregel, wie in § 83 Abs 1 Satz 2 GmbHG, existiert.⁷⁶

⁷⁶ *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht (2007) Rz 2424 ff mwN; *Untergrabner*, Mindestkapital, 106.

2 Anfechtungsrecht im Insolvenzverfahren

Um das Spannungsverhältnis zwischen Grundsatz der Kapitalerhaltung und den Anfechtungsansprüchen besser zu erläutern, wird in diesem Kapitel kurz einleitend auf das Anfechtungsrecht im Insolvenzverfahren eingegangen. Bevor man sich mit der Problematik des Spannungsverhältnisses befasst, soll klar sein „Wer“, „Was“ bzw. „Wen“ aufgrund welchen Tatbestandes anfechten kann.

2.1 Einleitung

Der Insolvenzverwalter kann durch die Anfechtung einen schuldrechtlichen Rückleistungsanspruch gegen masseschmälernde Rechtshandlungen, welcher der Schuldner vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens gesetzt hat, geltend machen. Zu den masseschmälernden Rechtshandlungen zählen etwa die Vermögensverschiebung und eine Bevorzugung von einzelnen Gläubigern. Die erforderlichen Bestimmungen zur Insolvenzanfechtung finden sich in den §§ 27 – 43 IO.⁷⁷

Es ist zu unterscheiden zwischen der zivilrechtlichen Anfechtung, der Insolvenzanfechtung und der Gläubigeranfechtung nach der Anfechtungsordnung (AnfO). Eine zivilrechtliche Anfechtung wird von einem Vertragspartner einseitig gegen den anderen Vertragspartner vorgenommen, indem er den Vertrag wegen Willensmängel, ex tunc für absolut nichtig erklärt, anfechtet. Die Rechtsfolge ist die Zurückstellung des bereits geleisteten bzw. möglicherweise ein Schadenersatzanspruch. Bei der Insolvenzanfechtung handelt es sich dagegen um ein relativ wirksames Gestaltungsrecht, was bedeutet, dass die Rechtshandlung zwischen dem Schuldner und dem Dritten nur im Verhältnis zur Insolvenzmasse für unwirksam erklärt wird und der Dritte das Erworbene an die Insolvenzmasse rückerleihen muss. Die Rechtshandlung zwischen Schuldner und Drittem bleibt aufrecht. Bei der dritten Anfechtungsform handelt es sich um eine Gläubigeranfechtung bzw. Einzelanfechtung nach der AnfO, welcher außerhalb des Insolvenzverfahrens durch einen Gläubiger vollzogen wird. Auf diese Anfechtungsform wird am Schluss dieses Kapitels noch eingegangen werden.⁷⁸

⁷⁷ *Buchegger*, Insolvenzrecht (2010) 60 f.

⁷⁸ *Ebda.*

2.2 Zweck des Anfechtungsrechts

Das Insolvenzverfahren soll dazu dienen, den Gläubigern des Schuldners zu einer größtmöglichen und gleichmäßigen Befriedigung zu verhelfen. Im Verfahren kommt das Paritätsprinzip (Gläubigergleichbehandlung) und nicht, wie außerhalb des Insolvenzverfahrens, das Prioritätsprinzip zur Anwendung. Alle Gläubiger sollen, durch den gemeinsamen Haftungsfonds, gleichmäßig befriedigt werden.⁷⁹ Das Anfechtungsrecht hat den Zweck, wie bereits erwähnt, masseschmälernde Handlungen, welche das Vermögen des Schuldners betreffen und noch vor Insolvenzeröffnung gesetzt wurden, anzufechten. Es soll eine Beeinträchtigung des Haftungsfonds der Gläubiger verhindert werden bzw durch die Anfechtung wieder ausgeglichen werden.⁸⁰ Durch die erfolgreiche Anfechtung wird die Handlung gegenüber den Insolvenzgläubigern für unwirksam erklärt. Ziel der Anfechtung ist es die Insolvenzmasse wieder in die Situation zu versetzen, in der sie wäre, wenn die angefochtene Handlung erst gar nicht gesetzt worden wäre.⁸¹

Schon in der Denkschrift zur Einführung der Konkursordnung aus dem Jahre 1914 wurde die Idee der Anfechtung erwähnt: *„Aufgabe einer Konkursreform, wie sie in den wirtschaftlichen Kreisen dringend gewünscht wird, muss es daher sein, das Konkursrecht in einer Weise auszugestalten, dass es, soweit es möglich ist, ein besseres materielles Ergebnis des Konkurses für die Gläubiger gewährt. Zu diesem Zwecke genügt nicht eine Herabminderung der Verfahrenskosten, es gilt auch Umschau zu halten, ob nicht die Anfechtung der vom Gemeinschuldner vor der Eröffnung des Konkurses vorgenommenen Rechtshandlungen zu erweitern sei, damit die Gläubiger vor einer Verschleppung der Masse und vor der Entstehung unbegründeter Vorzugsrechte in höherem Maß als bisher geschützt werden.“*⁸²

2.3 Allgemeiner Anfechtungstatbestand

Der Grundtatbestand der gläubigerbenachteiligenden Vermögensverschiebung wird in § 27 IO geregelt und lautet: *„Rechtshandlungen, die vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen worden sind und das Vermögen des Schuldners betreffen können nach den Bestimmungen dieses Abschnittes angefochten und*

⁷⁹ König, Die Anfechtung nach der Konkursordnung⁴ (2009) Rz 1/2.

⁸⁰ Koziol/Bollenberger in Bartsch/Pollak/Buchegger (Hrsg.), Österreichisches Insolvenzrecht⁴ I (2000) § 27 Rz 1 ff;

⁸¹ Rebernik in Konecny/Schubert (Hrsg.), Insolvenzgesetze § 27 Rz 80 und § 39 Rz 1 ff; Widhalm-Budak, Handbuch Anfechtungsrecht (2008) 17 f.

⁸² Denkschrift zur Einführung der Konkursordnung (1914) 7; Widhalm-Budak, Anfechtungsrecht 18.

den Insolvenzgläubigern gegenüber als unwirksam erklärt werden.“ Die darauffolgenden Bestimmungen von §§ 28 bis 31 IO beinhalten mehrere Spezialtatbestände, welche im Anfechtungsfall mit dem Grundtatbestand verwirklicht sein müssen. Der Grundtatbestand des § 27 IO lässt sich in ein paar wichtige Glieder aufteilen. Der erste Begriff sind die betroffenen **Rechtshandlungen**. Durch diese Norm sind alle Willensäußerungen mit rechtlicher Wirkung betroffen, wie Prozesshandlungen oder gewollte Unterlassungen und nicht nur Rechtsgeschäfte an sich. Das nächste Glied ist **vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens**. Die relevante Rechtshandlung muss vorher sein und nicht nach der Eröffnung. Es muss sich um **Schuldnervermögen** handeln, das Teil der Insolvenzmasse geworden wäre. In diesen Kreis fällt nicht insolvenzfreies Vermögen und Aussonderungsgut. Die Rechtshandlung muss die **Gläubiger benachteiligen**, so dass durch eine Anfechtung die Masse gemehrt und die Quote für die Gläubiger erhöht wird. Auch wenn die Benachteiligung nicht in allen Tatbeständen explizit erwähnt wird, ist diese immer eine Voraussetzung zur Anfechtung. Eine Bereicherung des Anfechtungsgegners ist keine Voraussetzung für die Geltendmachung, was bedeutet, dass der Anfechtungsanspruch **kein Bereicherungsanspruch** ist.⁸³

2.4 Befriedigungstauglichkeit und Gläubigerbenachteiligung

Bei der Befriedigungstauglichkeit und der Gläubigerbenachteiligung handelt es sich um zwei – von der Lehre und Rsp entwickelten - allgemeine Anfechtungsvoraussetzungen, welche bei jeder insolvenzrechtlichen Anfechtung vorhanden sein müssen.⁸⁴

2.4.1 Befriedigungstauglichkeit

Koziol und Bollenberger definieren die Befriedigungstauglichkeit folgendermaßen: **„Die Anfechtung ist befriedigungstauglich, wenn die Beseitigung des Erfolgs der Rechtshandlung die Befriedigungsaussichten der Gläubiger, zumindest der Massegläubiger, zu fördern imstande ist.“**⁸⁵

Der Anfechtungskläger trägt die Behauptungs- und Beweislast, da die Tauglichkeit zum objektiven Tatbestand bzw zu den allgemeinen Anfechtungsvoraussetzungen gehört. Bereits eine bloße Wahrscheinlichkeit der Verbesserung der Befriedigungsaussichten ist nach der hA ausreichend. Nach der Rsp des OGH ist im Zweifel zu-

⁸³ *Buchegger*, Insolvenzrecht 62.

⁸⁴ *Widhalm-Budak*, Anfechtungsrecht 23.

⁸⁵ *Koziol/Bollenberger in Bartsch/Pollak/Buchegger* (Hrsg.), KO⁴ I § 27 Rz 50.

gunsten der Anfechtung zu entscheiden, da eine Befriedigungstauglichkeit überdies prima facie anzunehmen ist. Der Anfechtungsgegner kann Umstände aufzeigen aus denen sich eine Befriedigungsuntauglichkeit ergibt.⁸⁶

2.4.2 Gläubigerbenachteiligung

„Eine Gläubigerbenachteiligung liegt vor, wenn der Befriedigungsfonds der Gläubiger entweder durch die angefochtene Rechtshandlung (unmittelbar Nachteiligkeit) oder aber bloß in weiterer Folge (mittelbar Nachteiligkeit) beeinträchtigt wurde, etwa durch Verringerung der Aktiven oder Vergrößerung der Passiven (Quotenverschlechterung).“⁸⁷

Eine unmittelbare Nachteiligkeit liegt dann vor, wenn sich die Nachteiligkeit durch die angebotene Rechtshandlung selbst ergibt, wie etwa bei einem Kauf oder Verkauf zu einem objektiv unangemessenen Preis.⁸⁸ Viel interessanter ist aber, dass auch eine bloße mittelbare Nachteiligkeit die Voraussetzung der Gläubigerbenachteiligung nach hA erfüllt. Eine mittelbare Nachteiligkeit liegt dann vor, *wenn erst durch Hinzutreten von weiteren Umständen der Befriedigungsfonds der Gläubiger beeinträchtigt wird*. Beispielsweise ist dies dann der Fall, wenn eine Liegenschaft zu einem angemessenen Preis verkauft wurde, aber der Wert nachträglich steigt. Die mittelbar eingetretene Nachteiligkeit muss keine adäquate Folge der angefochtenen Rechtshandlung sein, sondern es ist ausreichend, wenn der Nachteil durch die Rechtshandlung mitverursacht wurde.⁸⁹

Obwohl es sich auch bei der Gläubigerbenachteiligung um eine allgemeine Anfechtungsvoraussetzung handelt, trägt der Anfechtungskläger nach der Rsp des OGH und der hA die Behauptungs- und Beweislast nur bei jenen Tatbeständen, wo die Nachteiligkeit als Erfordernis genannt ist. Zu diesen Tatbeständen gehören §§ 28 Z 2-4, 31 Abs 1 Fall 2 IO.⁹⁰

⁸⁶ *Widhalm-Budak*, Anfechtungsrecht 24 f; *Koziol/Bollenberger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger* (Hrsg.), KO⁴ I § 27 Rz 50; *König*, Anfechtung⁴ Rz 5/2.

⁸⁷ *König*, Anfechtung⁴ Rz 5/18; *Koziol/Bollenberger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger* (Hrsg.), KO⁴ I § 27 Rz 43 ff; *Rebernik* in *Konecny/Schubert* (Hrsg.), Insolvenzgesetze § 27 Rz 64 ff; *Widhalm-Budak*, Anfechtungsrecht 25 f.

⁸⁸ *König*, Anfechtung⁴ Rz 5/20; *Koziol/Bollenberger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger* (Hrsg.), KO⁴ I § 27 Rz 71 mwN; *Widhalm-Budak*, Anfechtungsrecht 25.

⁸⁹ *Widhalm-Budak*, Anfechtungsrecht, 24 f; *König*, Anfechtung⁴ Rz 5/24; *Koziol/Bollenberger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger* (Hrsg.), KO⁴ I § 27 Rz 45.

⁹⁰ *König*, Anfechtung⁴ Rz 5/29; *Koziol/Bollenberger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger* (Hrsg.), KO⁴ I § 27 Rz 49; *Widhalm-Budak*, Anfechtungsrecht 26.

2.5 Besondere Voraussetzungen

Um eine Anfechtung geltend zu machen, muss neben den vorher erwähnten allgemeinen Voraussetzungen auch zumindest ein Tatbestand der besonderen Voraussetzungen gem §§ 28-32 IO erfüllt sein. Die Anfechtungstatbestände lauten:

1. Anfechtung wegen Benachteiligungsabsicht (§ 28 Z 1-3 IO);
2. Anfechtung wegen Vermögensverschleuderung (§ 28 Z 4);
3. Anfechtung unentgeltlicher Verfügungen (§ 29 IO);
4. Anfechtung wegen Begünstigung (§ 30 IO);
5. Anfechtung wegen Kenntnis der Zahlungsunfähigkeit (§ 31 IO).

Es wird hier nicht auf alle Tatbestände einzeln näher eingegangen, sondern nur auf die Absichtsanfechtung, Begünstigungsanfechtung und Kenntnisanfechtung.

2.5.1 Absichtsanfechtung gem § 28 Z 1-3 IO

Von der Absichtsanfechtung (Pauliana) ist dann die Rede, wenn ein Schuldner eine Rechtshandlung vorgenommen hat, um seine Gläubiger zu benachteiligen. Es steht also die Benachteiligungsabsicht des Schuldners im Vordergrund. Ein Bewusstsein bzw in Kauf nehmen des Schuldners bezüglich der Benachteiligung von Gläubigern reicht aus, auch wenn es nicht der Beweggrund für die Rechtshandlung war (*dolus eventualis* genügt). Ein weiteres Kriterium ist die Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis des Dritten (Anfechtungsgegners) von der Benachteiligungsabsicht. Bei einer Kenntnis des Anfechtungsgegners (Doluspauliana) beträgt die Anfechtungsfrist für eine Rechtshandlung vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens gem § 28 Z 1 IO zehn Jahre. Hätte der Anfechtungsgegner die Benachteiligungsabsicht kennen müssen (Culpapauliana) gem § 28 Z 2 IO bzw handelt es sich um einen Angehörigen des Schuldners (Familienpauliana) gem § 28 Z 3 IO beträgt die Frist zwei Jahre.⁹¹

2.5.2 Begünstigungsanfechtung gem § 30 IO

§ 30 Abs 1 IO lautet: „Anfechtbar ist eine nach Eintritt der Zahlungsfähigkeit oder nach dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder in den letzten sechzig Tagen vorher vorgenommene Sicherstellung oder Befriedigung eines Gläubigers wenn:“

- eine objektive Begünstigung (Z 1);

⁹¹ Buchegger, Insolvenzrecht 63.

- eine Familienbegünstigung (Z 2);
- eine subjektive Begünstigung (Z 3) vorliegt.

Die Anfechtungsfrist beträgt gem § 30 Abs 2 IO ein Jahr. Bei der objektiven Begünstigung erhält der Anfechtungsgegner eine Leistung, welche er nicht oder nicht in der Art oder in der Zeit zu beanspruchen hatte. Die Anfechtung wegen inkongruenter Deckung ist in der Praxis von größter Bedeutung, da keine subjektiven Tatbestandsmerkmale erforderlich sind.⁹²

Bei der Familienbegünstigung gehört der Anfechtungsgegner zu der *familia suspecta* (nahe Angehörige) des Schuldners iSd § 32 IO.⁹³

Im Fall der kongruenten Deckung (subjektive Begünstigung) erhält der Anfechtungsgegner, das was er zu fordern hatte, jedoch geschieht dies in Absicht des Schuldners, den Gegner vor anderen Gläubigern zu begünstigen. Der Anfechtungsgegner wusste von der Begünstigungsabsicht oder hätte sie kennen müssen. Das Kennen-müssen des Gläubigers bejaht der OGH, wenn dem Gläubiger genügend verdächtige Umstände bekannt waren oder bei gehöriger Sorgfalt bekannt sein mussten, welche den Schluss auf eine Begünstigungsabsicht des Schuldner rechtfertigen. Bereits eine leichte Fahrlässigkeit des Anfechtungsgegners genügt hier.⁹⁴

Laut dem OGH „bestimmt sich ob eine solche Außerachtlassung der gehörigen Sorgfalt vorliegt, nach den dem Anfechtungsgegner im Zeitpunkt der Vornahme der Rechtshandlung zur Verfügung stehenden Informationen, die er auf zumutbarer Weise heranziehen konnte, und ihrer ordnungsgemäßen Auswertung.“⁹⁵

2.5.3 Kenntnisanfechtung gem § 31 IO

Von der Kenntnisanfechtung sind jene Rechtshandlungen betroffen, welche in den letzten sechs Monaten vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder nach dem Insolvenzantrag in der Krise vorgenommen wurden. Es handelt sich um Rechtshandlungen, durch die ein anderer Insolvenzgläubiger Sicherstellung oder Befriedigung erlangt und alle vom Schuldner mit an-

⁹² König, Anfechtung⁴ Rz 10/54; Buchegger, Insolvenzrecht 65 f; Widhalm-Budak, Anfechtungsrecht 68 f.

⁹³ Buchegger, Insolvenzrecht 65 f.

⁹⁴ Widhalm-Budak, Anfechtungsrecht 76 f; König, Anfechtung⁴ Rz 10/101; Buchegger, Insolvenzrecht 65 f.

⁹⁵ OGH 8 Ob 37/00z ÖBA 2001/975.

deren Personen eingegangenen Rechtsgeschäfte, welche für die Gläubiger unmittelbar nachteilig sind.⁹⁶

2.6 Anfechtbarkeit während des Sanierungsverfahrens

Bis jetzt war immer nur die Rede von einer Anfechtbarkeit in einem Insolvenzverfahren, jedoch existiert seit dem Insolvenzänderungsgesetz 2010 (IRÄG 2010) das sogenannte Sanierungsverfahren, welches die vorherige Ausgleichsordnung (AO) abgelöst hat. Es stellt sich die Frage, ob auch im Sanierungsverfahren die Anfechtung von Rechtshandlungen möglich ist und wenn ja, wer diesen Anspruch geltend machen kann.

Nach dem alten Ausgleichsverfahren der AO war eine Anfechtung ausgeschlossen, jedoch trifft dies nicht auf das Sanierungsverfahren zu. So ist *König* der Ansicht, dass grundsätzlich die IO durch die Einbeziehung des Ausgleichsverfahrens in diese auch während des Sanierungsverfahrens die Anfechtung ermöglicht. *„Da aber ein (anfängliches) Sanierungsverfahren auch schon bei „drohender Zahlungsunfähigkeit/Überschuldung beantragt werden kann (§ 167 Abs 2 IO), hängt die Anfechtung von Rechtshandlungen und Unterlassungen, die materielle Insolvenz des Schuldners voraussetzen (§§ 30, 31 IO), davon ab, ob vor Verfahrenseröffnung tatsächlich (bloß) drohende Insolvenz vorgelegen hat.“* Die alsbaldige Überleitung des Sanierungsverfahrens in ein Konkursverfahren gem § 167 Abs 3 IO könnte ein Indiz sein, dass bereits eine materielle Insolvenz vorgelegen hat.⁹⁷

Es ist klar, dass der Masseverwalter bzw der Sanierungsverwalter bei einem Sanierungsverfahren ohne Eigenverwaltung anfechtet, jedoch stellt sich die Frage, ob sich der Anfechtungskläger ändert, wenn es sich um ein Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung handelt. Auch diese Frage ist schnell zu beantworten, so steht gem § 172 Abs 1 Z 1 IO trotz der Eigenverwaltung die Geltendmachung von Anfechtungsansprüchen iSd §§ 27-43 IO dem Sanierungsverwalter zu. Auch gem § 188 UGB ist der Sanierungsverwalter für eine Anfechtung befugt.⁹⁸

⁹⁶ *Buchegger*, Insolvenzrecht 66.

⁹⁷ *König*, Änderungen im Anfechtungsrecht in *Konecny* (Hrsg.), IRÄG 2010, ZIK Spezial (2010) 90f.

⁹⁸ Ebda.

2.7 Anfechtungsprozess

2.7.1 Parteien

„Das Anfechtungsrecht wird vom Insolvenzverwalter ausgeübt“ (§ 37 Abs 1 IO). Im Sanierungsverfahren ist – wie vorher erwähnt – der Sanierungsverwalter anfechtungsberechtigt. Jeder Insolvenzgläubiger kann gem § 189 IO die Anfechtungsklage erheben, wenn in einem Privatinsolvenzverfahren kein Insolvenzverwalter bestellt wurde. Auch die Verfolgung von Einzelanfechtungsansprüchen nach den Bestimmungen der AnfO durch Absonderungsgläubiger ist gem § 37 Abs 5 IO während eines Insolvenzverfahrens zulässig.⁹⁹

Die IO enthält keine Definition des im Anfechtungsprozess passiv legitimierten, jedoch gilt allgemein derjenige als Anfechtungsgegner, *zu dessen Gunsten seitens des Schuldners eine angefochtene Rechtshandlung vorgenommen wurde und der daraus Vorteil erlangt hat.*¹⁰⁰ Anfechtungsgegner kann auch gem § 38 Abs 1 IO der Gesamtrechtsnachfolger sein.¹⁰¹

2.7.2 Geltendmachung

Der Anfechtungsanspruch kann durch:¹⁰²

- Anfechtungsklage;
- Anfechtungseinrede;
- Widerspruch im Verteilungsverfahren;
- Anmeldung im Insolvenzverfahren des Gegners,

innerhalb eines Jahres nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens gerichtlich geltend gemacht werden. Für die Geltendmachung durch Klage ist ausschließlich gem §§ 43 Abs 5 iVm 63 ff bzw 189 IO das Insolvenzgericht zuständig. Zuständigkeitsvereinbarungen sind sowohl in sachlicher als auch in örtlicher Hinsicht unzulässig. Im Fall eines Sanierungsplans wird die Anfechtungsklagefrist ab Annahme bis zur Rechtskraft der Versagung des Sanierungsplans gem § 43 Abs 2 IO gehemmt.¹⁰³

2.7.3 Doppelbegehren

Das Anfechtungsbegehren des Anfechtungsklägers setzt sich aus einem Doppelbegehren in Form eines **Rechtsgestaltungs- und Leistungsbegehren** zusam-

⁹⁹ Buchegger, Insolvenzsrecht 68; Widhalm-Budak, Anfechtungsrecht 36.

¹⁰⁰ König, Anfechtung⁴ Rz 4/1 f; Koziol/Bollenberger in Bartsch/Pollak/Buchegger (Hrsg.), KO⁴ I § 38.

¹⁰¹ Widhalm-Budak, Anfechtungsrecht 37 f; Buchegger, Insolvenzsrecht 68.

¹⁰² Auflistung wurde entnommen aus Buchegger, Insolvenzsrecht 68.

¹⁰³ Buchegger, Insolvenzsrecht 68 f; Widhalm-Budak, Anfechtungsrecht 39 f.

men. So lautet in der Regel das Rechtsgestaltungsbegehren auf die Unwirksamklärung der Rechtshandlung des Schuldners gegenüber der Insolvenzmasse und das Leistungsbegehren, auf die Rückleistung dessen, was dem Vermögen des Schuldners entgangen ist bzw subsidiär auf Wertersatz. Der Insolvenzverwalter macht die Anfechtung mittels einer Einrede gegen den auf Leistung klagenden Anfechtungsgegner geltend, wenn der Gegner noch keine Leistung aus dem anfechtbaren Geschäft erhalten hat.¹⁰⁴

2.8 Gläubigeranfechtung nach der Anfechtungsordnung

Die Gläubiger- bzw Einzelanfechtung kommt dann zum Zug, wenn Gläubiger einen Befriedigungsausfall schon vor Eröffnung eines Insolvenzverfahrens befürchten. Gläubiger können durch die AnfO bestimmte Rechtshandlungen anfechten und so einer negativen Beeinträchtigung des für Sie zur Verfügung stehenden Haftungsfonds entgegenwirken. Die relevanten Anfechtungsvoraussetzungen (wie etwa Befriedigungstauglichkeit und Benachteiligungsabsicht) entsprechen bis auf wenige Ausnahmen den Voraussetzungen nach der IO. Im Folgenden werden kurz die Unterschiede näher erläutert.¹⁰⁵

Ein Unterschied besteht natürlich hinsichtlich der aktiven Klagslegitimation, so ist bei der Gläubigeranfechtung nicht der Masseverwalter der Anfechtungskläger sondern der Gläubiger selbst. Jedoch sind gem § 8 AnfO nur jene Gläubiger anfechtungsberechtigt, welche bereits über eine vollstreckbare Forderung verfügen und diese Forderung beim Schuldner uneinbringlich ist. Das Klagebegehren des Gläubigers hat gem § 12 AnfO auf Leistung oder Duldung der Exekution in das entzogene Exekutionsobjekt zu lauten.¹⁰⁶

Durch die Voraussetzung der nicht materiellen Insolvenz in der AnfO (Gläubigerbenachteiligungen müssen nicht korrigiert werden) existieren auch weniger Anfechtungstatbestände. So ist lediglich eine Anfechtung wegen Benachteiligungsabsicht gem § 2 AnfO (§ 28 IO) und eine Anfechtung wegen unentgeltlicher Verfügungen gem § 3 AnfO (§ 29 IO) möglich.¹⁰⁷

¹⁰⁴ *Buchegger*, Insolvenzrecht 69.

¹⁰⁵ *Widhalm-Budak*, Anfechtungsrecht 93.

¹⁰⁶ *Widhalm-Budak*, Anfechtungsrecht 94 ff.

¹⁰⁷ Ebda.

3 Spannungsverhältnis Grundsatz der Kapitalerhaltung und Anfechtungsansprüche

In dem folgenden Kapitel wird nun explizit auf das Spannungsverhältnis zwischen dem Kapitalerhaltungsgrundsatz und den Anfechtungsansprüchen gegenüber Kapitalgesellschaft eingegangen.

3.1 Einführungsbeispiel

3.1.1 Sachverhalt – Teil 1

Herr *Mustermann* hat 1.000.000 Euro zur Verfügung und will diese in ein sicheres Investment veranlagen. Er kontaktiert seinen Berater Herrn *Untreu*, welcher bei der Anlageberatungsgesellschaft der *Konkurs AG* angestellt ist. Nach einem längeren Gespräch einigen sie sich, dass Herr *Untreu* sich um das Investment kümmern wird. Herr *Untreu* überzeugt Herrn *Mustermann* in diesem Gespräch im Zuge der Kapitalerhöhung der *Konkurs AG* Aktien zu kaufen. Herr *Untreu* spricht bei dieser Veranlagung von einer annähernd gleichen Sicherheit, aber einem viel höheren möglichen Ertrag für Herrn *Mustermann*, da das Geld in Immobilienprojekte investiert werden soll. Darüber hinaus könnte er das Geld jederzeit wieder herausnehmen und wäre nicht an eine Laufzeit gebunden. Herr *Mustermann* ist damit zufrieden und unterzeichnet alle vorgelegten Unterlagen, darunter befanden sich Informationen hinsichtlich der Risikoeinstufung sowie ein Verkaufsprospekt. Die Informationen des Verkaufsprospekts waren jedoch unrichtig, da das veranlagte Geld schlussendlich in ganz andere Dinge investiert wurde. Herr *Untreu* zeichnet daraufhin Aktien der *Konkurs AG* im Wert von 1.000.000 Euro. Herr *Mustermann* ist sich des Risikos der Anlage nicht bewusst und glaubt, dass sein Geld in sichere Immobilienprojekte angelegt wurde.

3.1.2 Sachverhalt – Teil 2

Herr *Untreu* wusste nicht, dass die Gesellschaft sich zu diesem Zeitpunkt schon in erheblichen Schwierigkeiten befand. Nach ca einem Jahr kommt es bei der *Konkurs AG* zusätzlich noch zu einer Abspaltung zur Aufnahme in die *Money AG*. Vor der Abspaltung betrug der Verkehrswert der *Konkurs AG* 100 Mio Euro und nach der Abspaltung 50 Mio Euro. Der Verkehrswert der *Money AG* beträgt nach der

Spaltung 70 Mio Euro. Die *Konkurs AG* erhält 50% der Anteile an der *Money AG*. Nach nur kurzer Zeit wird das Insolvenzverfahren über die *Konkurs AG* eröffnet.

Als Herr *Mustermann* von dem Insolvenzverfahren erfährt, ist er schockiert und kontaktiert sofort seinen Anwalt, Herrn *Aufklärer*, welcher ihm über seinen momentanen Status berichten soll. Herr *Mustermann* rechnet fest damit, dass er seine sicher gedachte Einlage wieder zurückbekommen wird, jedoch berichtet ihm sein Anwalt etwas anderes. Er sei als Aktionär als Eigenkapitalgeber zu sehen und würde somit nur nachrangig befriedigt werden. Die Aussichten, dass er sein Geld zurückbekommt, stehen sehr schlecht. Herr *Mustermann* ist empört und kann nicht glauben, wie es sein kann, dass sich aus seinem Investment in eine sicher geglaubte Veranlagung, solch eine Situation ergeben kann. Er beauftragt den Anwalt der Sache nachzugehen und zu recherchieren, ob es schon ähnliche Fälle gegeben hat und welche Rechte er geltend machen könnte, um wieder zu seinem Geld zu kommen.

Am Ende dieser Arbeit werden wir in der Lage sein, diesen Sachverhalt zu lösen und aufgezeigt haben, welche Rechte Herr *Mustermann* geltend machen kann.

3.2 Einführung

Die im Einführungsbeispiel aufgezeigten Probleme sind nur ein paar von vielen im Bereich der Schnittstellen des Gesellschaftsrechtes und des Insolvenzrechtes. Dieses Kapitel stellt den Hauptteil der Diplomarbeit dar und geht auf die Probleme, die im Spannungsverhältnis zwischen dem Grundsatz der Kapitalerhaltung und den Anfechtungsansprüchen gegenüber einer Kapitalgesellschaft entstehen können, näher ein. Der Schwerpunkt liegt auf der Anfechtung von Einlagen bzw. von Umgründungsvorgängen. Darüberhinaus wird auch kurz das Spannungsverhältnis zwischen dem Kapitalerhaltungsgrundsatz und dem Anlegerschutz näher erläutert.

Die Aufgliederung von Insolvenzanfechtungen kann unterschiedlich stattfinden, einerseits nach Gesellschafter- und Gesellschaftsebene und auf der anderen Seite nach Vorgängen, wie Gründung und Kapitalerhöhung bzw. Spaltung und Verschmelzung.¹⁰⁸

¹⁰⁸ *Kalss/Eckert*, Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht in *Kodek/Konecny* (Hrsg.), Insolvenz-Forum 2007 (2008) 75.

3.2.1 Gesellschafterebene

Auf der Ebene des Gesellschafters sind die Sachverhalte von Bedeutung, welche zu einer Veränderung der Vermögenszusammensetzung einzelner Gesellschafter führen, wie zB die Einlage bei einer Gründung oder Kapitalerhöhung. Der Gesellschafter bekommt für das geleistete Bar- oder Sachvermögen einen Anteil an der Gesellschaft. Anders ist es bei der Verschmelzung, hier tauscht der Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft Anteile gegen Anteile der übernehmenden Gesellschaft. Die Anteile an der untergehenden Gesellschaft existieren nicht mehr. Die zusätzlich ausgegebenen Anteile können zur einer Verdünnung des Wertes von den bisher gehaltenen Anteilen führen. Die gleichen Effekte können bei der nicht-verhältnismäßigen Spaltung zur Neugründung und auch bei der Spaltung zur Aufnahme vorkommen. Durch all diese Vorgänge können bei der Anfechtung Konflikte mit dem gesellschaftsrechtlichen Grundsatz der Kapitalerhaltung auftreten, sowie Fragen im Verhältnis zum Prinzip des Bestandschutzes von Strukturänderungen.¹⁰⁹

3.2.2 Gesellschaftsebene

Die Leistung einer Einlage und Verschmelzungen führen normalerweise zu einer Erhöhung des Vermögens des empfangenen Rechtsträgers auf der Gesellschaftsebene und somit zu keiner Benachteiligung der jeweiligen Gläubiger. Jedoch können auch diese Vorgänge zu einer Gläubigerbenachteiligung führen, wenn insgesamt ein überschuldetes Vermögen von einer Gesellschaft übertragen wird oder eine über das übertragende Vermögen hinausgehende Haftung für die übertragende Gesellschaft übernommen wird.¹¹⁰

Die Konkurrenz zwischen dem Anfechtungsrecht und den gesellschafts- bzw. umgründungsrechtlichen Bestimmungen ist das Hauptproblem. Bei den umgründungsrechtlichen Regeln kommt es vor allem zu Unstimmigkeiten mit den Gläubigerschutzbestimmungen aus dem Verschmelzungs- und Spaltungsrecht. Da das Spaltungsrecht die Übertragung von Vertragsverhältnissen und Schulden auch gegen oder ohne den Willen des betroffenen Vertragspartners oder Schuldners zulässt, hat es eine besondere Stellung. Auf gesellschaftlicher Ebene wird es durch ein sorgfältiges System von Gläubigerschutzbestimmungen wie §§ 3 und 15 SpaltG

¹⁰⁹ Kalss/Eckert, Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht 75.

¹¹⁰ Kalss/Eckert, Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht 76.

eingeschränkt. Auf dieser Ebene kommt somit, noch zusätzlich zu den Konflikten mit dem Grundsatz der Kapitalerhaltung und dem Bestandsschutz, die Problematik der Gläubigerschutzbestimmungen dazu.¹¹¹

3.3 Insolvenzanfechtung von Einlageleistungen

3.3.1 Allgemeine Problemstellung

Können Einlageleistungen im Wege der Insolvenz- oder Gläubigeranfechtung angefochten werden oder hat der Schuldner die Möglichkeit durch eine Einlage in eine Kapitalgesellschaft bzw durch eine Kapitalerhöhung sich seines Vermögens anfechtungssicher zu entledigen?

Sobald eine Einlagenleistung von einer natürlichen oder juristischen Person in das Vermögen einer Kapitalgesellschaft vollzogen wurde, steht die Einlage den Gläubigern des Gesellschafters nicht mehr als Exekutionsobjekt zur Verfügung. Weder der Insolvenzverwalter noch die Gläubiger haben das Recht die Kapitalgesellschaft zu kündigen und sich den Abfindungsanspruch pfänden und überweisen zu lassen.¹¹²

Im Personengesellschaftsrecht ist das Kündigungsrecht eines Privatgläubigers des Gesellschafters explizit in § 135 UGB geregelt, jedoch existiert so eine Bestimmung auf Seiten der Kapitalgesellschaften nicht.¹¹³

Im Kapitalgesellschaftsrecht ist dies nur möglich, wenn eine vertraglich eingeräumte individuelle Kündigungsmöglichkeit besteht. *Bollenberger* hat dies in seinem Artikel über den „Zugriff auf Stiftungsvermögen durch Gläubiger des Stifters“ näher erläutert, wo er auf die OGH Entscheidung vom 26.4.2006 eingeht.¹¹⁴

Die Auflösung einer Gesellschaft soll nicht von einem Gläubiger eines Gesellschafters durchgesetzt werden können, aber es soll ihm der Geschäftsanteil als Verwertungsobjekt zur Verfügung stehen.¹¹⁵ Geschäftsanteile sind grundsätzlich übertragbar (veräußerlich) gem § 76 Abs 1 GmbH, jedoch existieren besondere Regelungen für den Fall der Vinkulierung gem § 76 Abs 4 GmbH. In diesem Fall hat das Exekutionsgericht den Schätzwert des Geschäftsanteils festzustellen, außer es kommt zwischen dem betreibenden Gläubiger, dem Verpflichteten und der Ge-

¹¹¹ Ebda.

¹¹² *Kalss/Eckert*, Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht 76.

¹¹³ OGH 3 Ob 217/05s.

¹¹⁴ *Bollenberger*, Zugriff auf Stiftungsvermögen, *ecolex* 2006, 641.

¹¹⁵ *Kalss/Eckert*, Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht 76 f.

sellschaft eine Einigung über den Übernahmepreis zustande, dann kann die Schätzung unterbleiben.¹¹⁶

Der verwertete Geschäftsanteil könnte dem Gläubiger aber nicht den gleichen Ertrag wie die als Einlage geleisteten Vermögensgegenstände bringen und so die Aussicht auf eine gleiche Befriedigung gefährden. Einerseits könnte eine Unverhältnismäßigkeit zwischen der geleisteten Einlage und der Beteiligung am Gesellschaftsvermögen auftreten, speziell bei einer Einlage in eine krisengeschüttelte Gesellschaft. Andererseits ist den Gesellschaftern und auch den Gläubigern der Gesellschafter der unmittelbare Zugriff auf das eingebrachte Kapital nicht möglich. Auch dieser erschwerte Zugriff kann zu einem erheblichen Nachteil führen,¹¹⁷ wenn Grundstücke eingebracht worden sind und so ein Gegenwert in Form des Geschäftsanteils, damit aber ein regelmäßig „schwerer verwertbarer Gegenstand“ dem Vermögen des Schuldners zugekommen ist.¹¹⁸

Es besteht nur ein Anspruch auf den Bilanzgewinn und Liquidationserlös. Auf die Höhe dieses Anspruches haben die Gläubiger keinen Einfluss, denn dies hängt von der Geschäftsführung einer Gesellschaft ab. Wirtschaften die leitenden Organe gut, entsteht ein höherer anteiliger Anspruch, als wenn sie die Einlagen schlecht investieren. Auch wenn die Geschäftsführung die Einlagen bewusst verschiebt, können sich die Gläubiger eines Gesellschafters nicht dagegen wehren.¹¹⁹

3.3.2 Bestandschutz – Einwand gegen die Geltendmachung des Anfechtungsrechts?

Kann die Geltendmachung des Anfechtungsrechts auf Einlageleistungen durch den Bestandschutz einer Kapitalgesellschaft zu Recht verneint werden? Da durch die Einlageleistungen entweder ein neuer Rechtsträger entsteht oder das Kapital eines bestehenden Rechtsträgers erhöht wird, könnte ein Spannungsverhältnis zwischen dem Bestandschutz und dem Anfechtungsrecht entstehen.¹²⁰

¹¹⁶ § 76 Abs 4 GmbHG.

¹¹⁷ König, Aus dem Aktualitätenkino des Konkursanfechtungsrechts in *Kodek/Konecny* (Hrsg.), Insolvenzf-Forum 2007 (2008), 145.

¹¹⁸ Kirchhof in *Kirchhof/Lwowski/Stürner* (Hrsg.), Münchener Kommentar Insolvenzordnung² (2008) II § 129 InsO Rz 129.

¹¹⁹ Kalss/Eckert, Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht 76 f.

¹²⁰ *Ebda* 79.

3.3.2.1 Gründungsmängel

Grundsätzlich gilt, dass sich die Bestandskräftigkeit mit Fortschreiten der Gründung erhöht. So sieht § 216 vor, dass nach der Eintragung der Gesellschaft prinzipiell weder die Rückabwicklung noch die zwangsweise Auflösung der Gesellschaft statthaft ist. Es soll nicht zum ex-tunc Wegfall des eingetragenen Rechtsträgers kommen.¹²¹

Die Nichtigkeit wird auf bestimmte, taxativ aufgezählte Gründungsmängel gem § 216 AktG eingeschränkt, dazu zählt etwa, wenn die Satzung gem § 216 Abs 1 Z 1 AktG „keine Bestimmungen über die Firma der Gesellschaft, die Höhe des Grundkapitals oder den Gegenstand des Unternehmens enthält“.¹²²

Anders sieht es aus, wenn Mängel der Satzung vor Eintragung der Gesellschaft geltend gemacht werden. Hier kommen grundsätzlich unbeschränkt die allgemeinen Regeln über die Gültigkeit und Anfechtung von Verträgen zur Anwendung. Die Zulässigkeit der Rückabwicklung mit ex-tunc Wirkung ist ab dem In-Vollzug-Setzen der Gesellschaft nicht mehr möglich, auch wenn es sich um schwerwiegende Mängel der Satzung handelt.¹²³ Ab welchem Zeitpunkt eine Gesellschaft in Vollzug gesetzt worden ist, ist noch nicht abschließend geregelt, jedoch wird oft auf Kriterien wie der Aufnahme der Geschäftstätigkeit nach außen¹²⁴ oder der Bildung eines Vermögens angeknüpft.¹²⁵ Doralt ist der Auffassung, dass es darauf ankommt, ob die Rückabwicklung mit ex-tunc Wirkung möglich und sachlich adäquat ist.¹²⁶ Nicht in Betracht kommt eine Auseinandersetzung der Gesellschaft mit ex-tunc Wirkung wenn:¹²⁷

- die Gesellschaft ihre Tätigkeit aufgenommen hat;
- die Errichtung der Gesellschaft mit umfangreichen und komplexen Vorarbeiten verbunden war;

¹²¹ Dregger in Doralt/Nowotny/Kalss (Hrsg.), Kommentar zum Aktiengesetz (2003), AktG § 216 Rz 43.

¹²² Kalss/Eckert, Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht 79.

¹²³ Dregger in Doralt/Nowotny/Kalss (Hrsg.), AktG § 216 Rz 44.

¹²⁴ Kastner/Doralt/Nowotny, Grundriss des Österreichischen Gesellschaftsrechts⁵ (1998), 18 f und 211; Reich-Rohrwig, Das österreichische GmbH-Recht in systematischer Darstellung² (1996), Rz 1/710.

¹²⁵ Koppensteiner/Rüffler, GmbHG-Kommentar³ (2007) § 3 Rz 14.

¹²⁶ Doralt in Bayer/Goette (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz³ I (2008) § 23 Rz 215 ff.

¹²⁷ OGH 4 Ob 233/00v ÖJZ 2001/58, 270 = RdW 2001/166, 148 = wbl 2001, 230.

- eine besonders große Anzahl von Aktionären die Abwicklung für untunlich erscheinen lassen.¹²⁸

Liegen Gründungsmängel vor, bewirkt dies noch nicht, dass die Gesellschaft ersatzlos wegfällt. Gem § 218 Abs 1 AktG findet die Abwicklung nach den Vorschriften über die Abwicklung bei Auflösung statt, wenn die Nichtigkeit einer Gesellschaft auf Grund rechtskräftigen Urteils oder einer Entscheidung des Registergerichts in das Firmenbuch eingetragen wird. Gem Abs 2 wird die Wirksamkeit der im Namen der Gesellschaft vorgenommenen Rechtsgeschäfte nicht durch die Nichtigkeit berührt und die Gesellschafter haben gem § 218 Abs 3 AktG die bedungenen Einlagen zu leisten, soweit es zur Erfüllung der eingegangenen Verbindlichkeiten nötig ist.¹²⁹

3.3.2.2 Beitrittsmängel

Bei den Beitrittsmängeln betrifft die fehlerhafte Feststellung der Satzung nur die Willenserklärung einzelner Gesellschafter. Die klassischen Beitrittsmängel sind etwa wenn der beitretende Gesellschafter bei Feststellung der Satzung

- geschäftsunfähig war;
- rechtsunwirksam vertreten wurde;
- getäuscht, bedroht oder geirrt wurde.

Die Rechtsfolgen solcher Beitrittsmängel unterscheiden sich je nach Innen- und Außenverhältnis sowie nach der Art des Mangels. Bezüglich dem Außenverhältnis bleibt es bei den allgemeinen Regeln der fehlerhaften Gesellschaft, jedoch im Innenverhältnis sieht es anders aus. Hier ist eine Interessensabwägung auch noch nach In-Vollzug-Setzen und nach der Eintragung der Gesellschaft vorzunehmen.¹³⁰

Eine rückwirkende Geltendmachung ist bei gravierenden Mängeln anerkannt, die das öffentliche Interesse oder schwerwiegende Individualinteressen betreffen, so etwa bei einer Erklärung durch einen Geschäftsunfähigen oder eines beschränkt Geschäftsfähigen, dessen Erklärung nicht rechtzeitig genehmigt wird.¹³¹ Auch bei

¹²⁸ *Doralt in Bayer/Goette* (Hrsg.), MünchKomm³ § 23 Rz 215 ff.

¹²⁹ *Kalss/Eckert*, Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht 79.

¹³⁰ *Diregger in Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), AktG § 216 Rz 45.

¹³¹ *Doralt in Bayer/Goette* (Hrsg.), MünchKomm³ § 23 Rz 222; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵ 211.

Ausländern, denen die devisenrechtliche Genehmigung fehlt und bei vollmachtslosen Vertretungshandlungen ist es anerkannt, dass keine Mitgliedschaft entsteht und somit auch keine Einlageverpflichtung.¹³² Bei einer Drohung bzw arglistiger Irreführung wird die Anfechtbarkeit ex-tunc zum Teil anerkannt.¹³³

In den anderen Fällen entstehen die Mitgliedschaften mit Eintragung der Gesellschaft. Hier wird nicht auf allenfalls bei der Feststellung der Satzung unterlaufene Irrtümer oder sonstige Mängel geachtet. Die Gesellschafter können die Auflösung der Gesellschaft auch nicht mit ex-nunc Wirkung begehren, sondern die Schäden gegen denjenigen Mitgesellschafter oder Berater geltend machen, welche den Irrtum bzw die sonstigen Beitrittsmängel schuldhaft verursacht haben. Ein Mitverschulden der Mitgesellschafter kann dazu führen, dass auch diese dem benachteiligten Gesellschafter aus dem Titel des Schadenersatzes zur Auflösung der Gesellschaft oder zur Realteilung des Vermögens verpflichtet sind.¹³⁴

3.3.2.3 Verhältnis Bestandschutz – Anfechtungsrecht

Bei genauerem Anblick des Verhältnisses des Bestandschutzes und dem Anfechtungsrecht erkennt man, dass hier kein Konflikt vorliegt. Die Wirksamkeit des Beitritts eines Gesellschafters, der zugleich Schuldner ist und dem Risiko einer Insolvenz- oder Gläubigeranfechtung ausgesetzt ist, steht nicht in Frage, im Gegensatz zu den erwähnten Beitrittsmängeln. Die Anfechtung bezieht sich unabhängig von ihren rein vermögenrechtlichen Wirkungen nicht auf den Beitritt des Gesellschafters, sondern auf die Einlageleistungen des Gesellschafters zur Erfüllung der Beitrittsverpflichtung.¹³⁵ Es betrifft nicht die Mitwirkung des Schuldners an der Gründung der GmbH oder AG bzw an der Kapitalerhöhung. Sobald der Sichtweisenwechsel von der Wirksamkeit des Beitritts bzw der Kapitalerhöhung hin zur Einlagenleistung vollzogen ist, ist es nicht schwer zu erkennen, dass es sich nicht um ein Problem mit dem Bestandschutz handelt. Zwischen dem Anfechtungskläger und dem Anfechtungsgegner wird nur die erfolgreich angefochtene betreffende

¹³² *Diregger in Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), AktG § 216 Rz 46.

¹³³ *Koppensteiner/Rüffler*, Gmbh-Gesetz³ (2007) § 3 Rz 11, 14; Reich-Rohrwig, GmbH-Recht² Rz 1/713 f; ferner OGH 7 Ob 354/97b.

¹³⁴ *Diregger in Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), AktG § 216 Rz 48.

¹³⁵ *Ulmer in Ulmer/Habersack/Winter* (Hrsg.), Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung⁹ I (2005) § 2 Rz 133.

Rechtshandlung für unwirksam erklärt. Die Entstehung und der Fortbestand des Rechtsträgers werden in keiner Weise in Frage gestellt.¹³⁶

Hat der Schuldner seine Einlageschuld durch eine Insolvenzanfechtung gegenüber der Gesellschaft nicht rechtmäßig erfüllt, ist die Gesellschaft berechtigt gem. §§ 58 f AktG, 66 ff GmbHG ein Kaduzierungsverfahren durchzuführen, auf diese Möglichkeit wird später noch näher eingegangen.¹³⁷

3.3.3 Einlagenrückgewähr

Im ersten Kapitel dieser Arbeit wurde der Grundsatz der Kapitalerhaltung schon näher erläutert, jedoch wie sieht es aus, wenn es zum Konflikt mit dem Anfechtungsrecht kommt?

Dem Gesellschafter darf solange die Gesellschaft existiert gem §§ 52 AktG, 82 GmbHG keine Einlage zurückgewährt werden. Er hat nur Anspruch auf einen Bilanzgewinn. Das gesamte Vermögen der Gesellschaft ist vom Verbot der Einlagenrückgewähr betroffen. Der Grundsatz dient im Aktien- als auch im GmbH-Recht sowohl dem Gläubiger- als auch dem Gesellschafterschutz. Auf der einer Seite sollen die Gesellschafter vor einer Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes geschützt werden und auf der anderen Seite die Gläubiger vor der Aushöhlung des für die Schulden der Gesellschaft allein haftenden Gesellschaftsvermögens durch die Gesellschafter. Diese Schranken, welche zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger gesetzt wurden, kollidieren eindeutig mit dem anfechtungsrechtlichen Schutz der Gesellschaftergläubiger.¹³⁸ Die Insolvenzanfechtung von Einlageleistungen und Einlageversprechen steht aber nicht nur mit diesen Bestimmungen, sondern auch mit deren Zielsetzung in einem offenen Konflikt.¹³⁹

Bernhard König ist der Ansicht, dass es kein Wunder sei, dass zahlreiche Gesellschaftsrechtler für einen Vorrang des Kapitalschutzes plädieren, aber es ist fraglich, ob eine Rechtsordnung, die einer eingetragenen Gesellschaft ungeachtet von Gründungs- und Vertragsmängeln Bestandschutz gewährt und vom Prinzip der Ka-

¹³⁶ *Kalss/Eckert*, Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht 80.

¹³⁷ *Ulmer* in *Ulmer/Habersack/Winter* (Hrsg.), GmbHG⁹ I § 2 Rz 133.

¹³⁸ *König*, Aktualitätenkino 146.

¹³⁹ *Kalss/Eckert*, Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht 80f.

pitalerhaltung ausgeht, Gläubiger des Gesellschafters vor den Gläubigern der Gesellschaft „bevorzugen“ will.¹⁴⁰

3.3.3.1 Historischer Rückblick - Dinglichkeitstheorie

In einer frühen Entscheidung des dt Reichsgerichts¹⁴¹ aus dem Jahre 1890 ging es um eine Einzelanfechtungsklage wegen einer fraudulösen Einbringung von Vermögensgegenständen in eine Pferdeisenbahn-Aktiengesellschaft. Das Reichsgericht hatte in diesem Zusammenhang zunächst eine Selbstverständlichkeit festgestellt: *Nemo plous iuris transferre potest quam ipse habet* (Niemand kann mehr Rechte übertragen, als er selbst hat). Auf das Problem bezogen bedeutet dies, dass die Aktiengesellschaft die ihr durch den Gesellschaftsvertrag zugewendeten Einlagegegenstände nur mit denjenigen Verpflichtungen erhält, welche bei der Einbringung bzw Abschluss des Vertrages darauf hafteten. Da es für die Einbringung fremder Sachen gelte, müsse es auch für Sachen zutreffen, die mit einem Anfechtungsrecht der Gläubiger des Einbringenden belastet sind.¹⁴² So konnte gegen einzelne Dinge die nicht den einbringenden Gesellschaftern gehörten oder wo dingliche Rechte darauf ruhten, von dem Eigentümer bzw dem dinglich Berechtigten unbehindert durch einen Anspruch gegenüber der Aktiengesellschaft geltend gemacht werden.¹⁴³

Die Dinglichkeit des Anfechtungsrechts wird bei dieser Auffassung vorausgesetzt, jedoch wird heute in Österreich die Dinglichkeitstheorie, wonach dem Anfechtungsrecht beschränkt dingliche Wirkung zukommt,¹⁴⁴ nicht mehr vertreten.¹⁴⁵

3.3.3.2 Aktuelle Lage

Heute wird der Anfechtungsanspruch vielmehr als ein rein schuldrechtlicher Anspruch gesehen,¹⁴⁶ welcher im Insolvenzfall des Anfechtungsgegners keinen Vorrang vor den übrigen Gläubigern des Anfechtungsgegners begründet.¹⁴⁷ Durch die

¹⁴⁰ König, Aktualitätenkino 146.

¹⁴¹ RGZ 24 (1890), 14; idS auch RG RGZ 74 (1911), 16; BGH IX ZR 153/93 BGHZ 128 (1996), 184 = ZIP 1995, 134 ff.

¹⁴² RGZ 24 (1890) 14, 24.

¹⁴³ Nunner-Krautgasser, Schuld, Vermögenshaftung und Insolvenz (2007) 143.

¹⁴⁴ Reichmayer, Die Idee der Gläubigeranfechtung (1913) 7, 16 ff, 66 ff.

¹⁴⁵ Koziol, Grundlagen und Streitfragen der Gläubigeranfechtung (1991) 54; 60; F. Bydlinski, System und Prinzipien des Privatrechts (1996) 303 f; Koziol/Bollenberger in Bartsch/Pollak/Buchegger (Hrsg.), Österreichisches Insolvenzrecht⁴ I (2000) § 27 Rz 20; König, Die Anfechtung nach der Konkursordnung⁴ (2009) Rz 2/2 ff.

¹⁴⁶ Koziol, Grundlagen 54, 60; Bydlinski, System und Prinzipien 303 f; Koziol/Bollenberger in Bartsch/Pollak/Buchegger (Hrsg.), KO⁴ I § 27 Rz 20.

¹⁴⁷ Koziol/Bollenberger in Bartsch/Pollak/Buchegger (Hrsg.), KO⁴ I § 27 Rz 20, 15.

Ablehnung der dinglichen Wirkung ist die Konkurrenzfrage aus einer anderen Sichtweise zu lösen, denn es bedeutet noch nicht, dass der Anfechtungsanspruch den Grundsatz der Kapitalerhaltung gem §§ 52 AktG, 82 GmbHG nicht doch durchbrechen kann.¹⁴⁸

Auf der einen Seite stehen die Interessen der Gläubiger des einbringenden Gesellschafters und auf der anderen Seite die Interessen der Gläubiger und Mitgesellschafter der die Einlage empfangenden Gesellschaft. Der Konflikt dieser Interessen ist unter der Heranziehung der Wertungen des Anfechtungsrechts wie auch des Gesellschaftsrechts zu lösen. Welchem Recht der Vorrang zu kommt ist schon seit langem ein großes Problem im Gesellschafts- und Insolvenzrecht.¹⁴⁹ Die in der Lehre – im Anschluss an die überwiegende dt Lehre und Rsp -¹⁵⁰ auch in Österreich überwiegend vertretene Meinung¹⁵¹ löst das Spannungsverhältnis zwischen den Kapitalerhaltungsvorschriften und den Regeln der Insolvenzanfechtung in Richtung eines Vorrang letzterer.¹⁵² Lange Zeit fehlte eine ausführliche Auseinandersetzung der österreichischen Judikatur mit dem Spannungsverhältnis, aber dies änderte sich mit der OGH Entscheidung vom 26.5.2010.¹⁵³

3.3.4 Judikatur des OGH vom 26.05.2010

In der ergangenen Entscheidung des OGH 3 Ob 51/10m beschäftigte sich das Höchstgericht erstmals mit der Frage, ob den Regeln des insolvenzrechtlichen Anfechtungsrechts der Vorrang gegenüber den Regeln der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung zukommt oder ob die Gesellschaft bei Anfechtung einer Einlageleistung dem Leistungsanspruch des Insolvenzverwalters den gesellschaftsrechtlichen Grundsatz der Kapitalerhaltung entgegenhalten kann.¹⁵⁴

3.3.4.1 Sachverhalt – OGH 3 Ob 51/10m

Am 18.7.2008 eröffnete das ErstG das Schuldenregulierungsverfahren über das Vermögen des einzigen Gesellschafters und Geschäftsführers der Bekl, einer

¹⁴⁸ Kalss/Eckert, Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht 82.

¹⁴⁹ Kalss/Eckert, Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht 82.

¹⁵⁰ Kirchhof in Kirchhof/Lwowski/Stürner, MünchKommInsO² II § 129 Rz 18; Ulmer in Ulmer/Habersack/Winter, GmbH⁹ § 2 Rz 134 ff.

¹⁵¹ König, Anfechtung⁴ Rz 7/8.

¹⁵² Bollenberger/Kellner, Vorrang der Gläubigeranfechtung gegenüber der Kapitalerhaltung, ÖBA 2011, 407.

¹⁵³ OGH 3 Ob 51/10m.

¹⁵⁴ Rebernik/Schmidsberger, Zum Vorrang des Anfechtungsrechts gegenüber den Regeln der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung, ZIK 2010, 162.

GmbH. Der KI wurde zum Masseverwalter bestellt. Mit am 12.12.2007 zugestellten und unangefochten in Rechtskraft erwachsenen Beschluss des LG Wels vom 24.10.2007 wurde der Schuldner verpflichtet, seiner geschiedenen Ehegattin eine Ausgleichszahlung von 56.600 EUR zu zahlen, zuzüglich insgesamt 14.615,08 EUR Verfahrenskosten. Im Jänner 2008 verkaufte der Schuldner seinen Pkw und leistete mit dem hierbei erzielten Kaufpreis von 17.500 EUR den noch offenen Teil der von ihm übernommenen Stammeinlage der Bekl in gleicher Höhe gem dem von ihm gefassten Beschluss vom 7.2.2008 zur notwendigen Verbesserung der Liquidität des Unternehmens und aufgrund der schlechten Bilanzergebnisse der letzten Jahre. Am 19.2.2008 überwies er 17.500 EUR auf das Geschäftskonto der Bekl, welches bis dahin mit 13.000 EUR überzogen war. Zu diesem Zeitpunkt war er als Privatperson bereits zahlungsunfähig. Bei Unterbleiben der Überweisung wäre die Bekl zahlungsunfähig geworden, weil für die nächsten zwei bis drei Monate kein Zahlungseingang auf dem Geschäftskonto zu erwarten war. Der Schuldner hatte damals nur eine weitere Gläubigerin, nämlich seine geschiedene Ehegattin, der er die genannte Ausgleichzahlung schuldete. Die Bekl bildete damals die Einzige Erwerbsquelle des Schuldners. Wegen der wirtschaftlichen Notwendigkeit erschien ihm die Zahlung an die Bekl wichtiger, als die Zahlung an seine geschiedene Ehegattin. Überdies ging er davon aus, ihr gegenüber eine Gegenforderung von 31.424,64 EUR zu haben. Der KI focht die Zahlung des Schuldners an die Bekl von 17.500 EUR mit dem Vorbringen an, der Schuldner sei zum Zahlungszeitpunkt, innerhalb von sechs Monaten vor Konkurseröffnung, bereits zahlungsunfähig gewesen. Die Bekl sei durch diese Rechtshandlung vor allen anderen Gläubigern des Schuldners begünstigt worden. Die Rechtshandlung sei überdies in der Bekl bekannten Absicht vorgenommen worden, die übrigen Gläubiger zu benachteiligen.¹⁵⁵

Die beklagte GmbH wendete im erstinstanzlichen Verfahren ein, dass um die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft abzuwenden, die Zahlung der offenen Stammeinlage aus wirtschaftlichen Gründen unbedingt erforderlich gewesen sei. Gem § 25 GmbHG hatte der Schuldner als Geschäftsführer die Verpflichtung sorgfältig zu handeln und er sei zum Ersatz verpflichtet, wenn entgegen den Bestimmungen des GmbHG und des Gesellschaftsvertrages Stammeinlagen oder Nachschüsse an Gesellschafter gänzlich oder teilweise zurückgegeben werden. Dies wäre der Fall,

¹⁵⁵ Entnommen aus der E OGH 3 Ob 51/10m ZIK 2010/286, 185 = wbl 2010/224, 595.

wenn die einbezahlte Stammeinlage an die Konkursmasse des Schuldners zurückbezahlt würde. Somit seien die damaligen Anfechtungsbestimmungen der KO (heute IO) auf die Einzahlung nicht anzuwenden.¹⁵⁶

Das ErstG gab dem Anfechtungsbegehren statt und war somit anderer Ansicht. Das BerufungsG bestätigte die Klagsstattgebung und erklärte die ordentliche Revision für zulässig. Die Revision der Bekl hatte keinen Erfolg.¹⁵⁷

3.3.4.2 Die Entscheidung des OGH 3 Ob 51/10m

Die Entscheidung des BerufungsG wurde vom Obersten Gerichtshof bestätigt. Der OGH führte auf die hL¹⁵⁸ aus, dass sich die Gesellschaft im Anfechtungsverfahren gegenüber dem Masseverwalter des insolventen Gesellschafters nicht auf die Kapitalerhaltungsregeln und dabei insbesondere das Verbot der Einlagenrückgewähr, berufen könne.¹⁵⁹

3.3.4.3 Aus den Entscheidungsgründen des OGH

Die Möglichkeit der Insolvenz- oder Gläubigeranfechtung wird aufgrund der überwiegenden Lehrmeinung in Österreich anerkannt und somit das Spannungsverhältnis zu Gunsten der Insolvenzanfechtung gelöst. Bei der Anfechtung geht es um die Interessen Dritter, während das Verbot der Einlagenrückgewähr das Verhältnis der Gesellschaft und ihrer Gläubiger zum Gesellschafter betrifft. Grundsätzlich sind Dritte und so auch Gläubiger des Gesellschafters aber nicht von den Regeln der Kapitalerhaltung erfasst, sondern nur in Ausnahmefällen.¹⁶⁰ Der Schranke der Kapitalerhaltung greift nur für unmittelbare oder mittelbare Vermögensleistungen der Gesellschaft an ihre Gesellschafter ein, die auf dem Gesellschaftsverhältnis beruhen.¹⁶¹ Hingegen ist ein Kapitalfluss von Gesellschaft an Gesellschafter oder ihm nahestehenden Personen jedenfalls zulässig, wenn sich die Zahlung auf einen anderen Titel stützt.¹⁶²

¹⁵⁶ *Rebernic/Schmidsberger*, ZIK 2010, 162.

¹⁵⁷ *Rebernic/Schmidsberger*, ZIK 2010, 162.

¹⁵⁸ *König*, Die Anfechtung nach der Konkursordnung⁴ (2009) Rz 2/26; *Kalss/Eckert*, Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht 65 ff.

¹⁵⁹ *Rebernic/Schmiedsberger*, ZIK 2010, 162.

¹⁶⁰ OGH 4 Ob 2078/96h SZ 69/149 = JBl 1997, 108 (Hügel) = RdW 1996, 471. Der OGH hat mit dieser Entscheidung klargestellt, dass die Vorschriften der Kapitalerhaltung gegenüber einem Dritten Wirkung entfalten, wenn der Dritte kollusiv handelte oder den Verstoß gegen die Kapitalerhaltungsvorschriften kannte oder grob fahrlässig nicht kannte.

¹⁶¹ *Ulmer* in *Ulmer/Habersack/Winter*, GmbHG⁹ § 2 Rz 135.

¹⁶² *Kalss/Eckert*, Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht 83.

Die Kapitalerhaltungsregeln gelten nicht unbeschränkt, sie betreffen nur das Verhältnis der Gesellschafter zur Gesellschaft. Die Gesellschafter werden durch das Prinzip der beschränkten Haftung privilegiert und auch nur sie müssen sich im Interesse des Rechtsverkehrs an ihren Beitrittsversprechen unter Verpflichtung zur Kapitalaufbringung und –erhaltung festhalten lassen. Bei der Anfechtung geht es nicht um den Gesellschafter, sondern um Gläubiger, denen in keiner Weise gesellschaftsvertragliche Pflichten ihres Schuldners zuzurechnen sind.¹⁶³

Da sich die GmbH kraft tatsächlicher oder vermuteter Kenntnis von der Benachteiligungsabsicht des Schuldners bzw einbringenden Gesellschafters diese zurechnen lassen muss, hat im Verhältnis zum Masseverwalter oder zum Gläubiger der Rechtserwerb der GmbH aus der anfechtbaren Einlageleistung keinen Bestand.¹⁶⁴

Durch die zulässige Insolvenzanfechtung hat die anfechtbare bzw angefochtene Einlageleistung eines Gesellschafters keine Erfüllungswirkung und daher wird auch nicht die freie Verfügung der Geschäftsführer iSd § 10 GmbHG erwirkt. Mit Hilfe des Kaduzierungsverfahrens gem § 66 GmbHG hat die Gesellschaft, welche die Einlage jetzt wieder zurückzahlen hat, die Möglichkeit, die Deckungslücke in der Kapitalaufbringung zu schließen.¹⁶⁵ Die Zurückzahlung der Einlage berechtigt die Gesellschaft, das Kaduzierungsverfahren mit dem in § 66 GmbHG vorgesehenes Procedere einzuleiten. Die Einlagenleistung des Gesellschafters wurde somit nicht rechtzeitig erbracht. Aus den nachfolgenden Rechtsfolgen für die Gesellschaft, darf nicht auf die Unzulässigkeit der Anfechtung und Rückzahlung der Einlage geschlossen werden, insbesondere dann, wenn die Einlageleistung des einzigen Gesellschafters angefochten wird.¹⁶⁶

3.3.5 Vorrang des Anfechtungsrechts

Der OGH¹⁶⁷ hat sich ganz klar für einen Vorrang des Anfechtungsrechts gegenüber den Kapitalerhaltungsvorschriften entschlossen. Auch schon *Rebernik* und *Schmidsberger* bekannten sich bei einer GmbH zum Vorrang des Anfechtungsrechts. *Rebernik* schloss sich der Meinung von *Dellinger* und *Kirchhof* an, indem es für zulässig hielt, dass der Masseverwalter eine Einzahlung der Stammeinlage

¹⁶³ *König*, Aktualitätenkino, 146 mwN, vgl. auch ders, Anfechtung⁴ Rz 2/26 mwN; ebenso *Dellinger*, Konkursanfechtung als Korrektiv des Eigenkapitalersatzrechts in der Konzerninsolvenz, ZIK 1996, 151.

¹⁶⁴ *Ulmer* in *UlmerHabersack/Winter*, GmbHG⁹ § 2 Rz 135.

¹⁶⁵ Ebda.

¹⁶⁶ *Kalss/Eckert*, Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht 83 f mwN.

¹⁶⁷ OGH 3 Ob 51/110m.

durch den später insolventen Gesellschafter anfechten konnte, wenn das Vermögen in anfechtbarer Art und Weise übertragen wurde.¹⁶⁸ Eine gegenteilige Auffassung vertritt noch immer *Karollus*, welcher gegen einen Vorrang des Anfechtungsrechts plädiert und auf dessen Kritik auch später näher eingegangen wird.¹⁶⁹

In Deutschland hat die Rsp seit langem dem Anfechtungsrecht gegenüber den Kapitalerhaltungsregeln einen Vorrang gewährt. Der schuldrechtliche Anfechtungsanspruch ist darauf gerichtet, den in anfechtbarer Weise weggegebenen Vermögensteil wieder dem Schuldvermögen zuzuordnen und damit die Benachteiligung der Gläubiger wieder rückgängig zu machen. Der Anspruch stellt weder unmittelbar den Bestand der GmbH in Frage noch den Beitritt des Gesellschafters. Die Gesellschaft muss gegen den Gesellschafter wegen der nunmehr fehlenden Stammeinlage vorgehen, nachdem der angefochtene Gegenstand rückgewährt wird. **Ein Vorrang des Grundsatzes der Kapitalerhaltung könnte Schuldner dazu verleiten, ihr Vermögen vor dem Zugriff ihrer Gläubiger durch Einbringung in eine GmbH in Sicherheit zu bringen.**¹⁷⁰

3.3.6 Gläubigerschutz

Die Regeln über die Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung dienen dem Gläubigerschutz und so auch die Vorschriften der Insolvenzanfechtung. Da sich der Schutzbereich bzw die Zielrichtung dieser Regelungen unterscheidet, stellt sich die Frage, welchen Gläubigergruppen der Vorrang zukommt?¹⁷¹

Die §§ 30, 31 Fall 1 IO zielen darauf ab, die objektive Begünstigung eines Gläubigers durch Befriedigung bzw Sicherstellung zu verhindern und so die Gleichbehandlung aller Gläubiger zu sichern. Die Insolvenzmasse soll durch die Anfechtung so gestellt werden, als ob die Insolvenz schon bei Eintritt der Zahlungsunfähigkeit eröffnet worden wäre. In die Masse sollen die Zahlungen wieder zurückfließen,

¹⁶⁸ *Rebernic* in *Konecny/Schubert* (Hrsg.), Kommentar zu den Insolvenzgesetzen (2006) § 27 KO Rz 37 mwN; *Rebernic/Schmidsberger*, Zur Anfechtung von Kapitalmaßnahmen und Umgründungsvorgängen im Insolvenzverfahren, GeS 2009, 182 mwN; *Kirchhof* in *Kirchhof/Lwowski/Stürner*, MünchKommInsO² II § 129 Rz 18; *Dellinger*, ZIK 1996, 151.

¹⁶⁹ *Karollus*, Kapitalersetzende Leistungen, jüngste Entwicklungen und Zukunftsperspektiven, ÖBA 1997, 105; *ders*, Vorrang der Gläubigeranfechtung gegenüber der Kapitalerhaltung, ÖBA 2011, 407.

¹⁷⁰ BGH IX ZR 153/93 = NJW 1995, 6659 mwN; OGH 3 Ob 51/10m.

¹⁷¹ *Rebernic/Schmidsberger*, ZIK 2010, 162.

welche an Gläubiger des Schuldner zwischen dem Eintritt der materiellen Insolvenz Voraussetzungen und der formellen Eröffnung des Insolvenzverfahrens geleistet wurden. So können alle Gläubiger gleichmäßig befriedigt werden. Auf der gesellschaftsrechtlichen Seite bestehen die Vorschriften primär zum Schutz der Gläubiger der Gesellschaft. Die Gesellschafter haben nur einen Anspruch auf den Bilanzgewinn oder aus einem etwaigen Liquidationserlös, jede andere Leistung aus dem Gesellschaftsvermögen an die Gesellschafter ist verboten und bewirkt einen Rückforderungsanspruch der Gesellschaft. Auch das Eigenkapital der Gesellschaft zählt zum haftenden Vermögen. Es führt zu einem Interessenskonflikt der verschiedenen Gläubiger, wenn das Gesellschaftsvermögen zur Wiederherstellung des Befriedigungsfonds der Gläubiger des Gesellschafters verkürzt wird.¹⁷²

König war schon 2008 der Ansicht, dass es ein Auslaufmodell sei, noch immer den Gläubigerschutz im Gesellschaftsrecht anzusiedeln. Da seit dem der EuGH ausländischen Scheingesellschaften Tür und Tor geöffnet hat – Stichwort „Centros“ und „Inspire Art“ –, der Gläubigerschutz ex ante durch Mindestkapitalvorschriften, Kapitalerhaltung durch Rückzahlungssperre und Eigenkapitalersatz leicht zu umgehen ist. *König* ist der Meinung, dass diese nationalen Instrumente stumpfe Waffen geworden sind und der moderne Weg zum Gläubigerschutz über das Insolvenzanfechtungsrecht führt, welches den alarmierten Gesellschaftsrechtlern Asyl bietet.¹⁷³

3.3.6.1 EuGH „Centros“¹⁷⁴

Die Centros-Entscheidung des EuGH war die wohl wichtigste im Bereich der Niederlassungsfreiheit im europäischen Raum. Die Entscheidung zeigt, dass die Wahl eines wirtschaftlich günstigen Standortes für den Sitz einer Gesellschaft selbst dann keinen Missbrauch der Niederlassungsfreiheit darstellt, wenn am Ort des Sitzes keine nennenswerte Geschäftstätigkeit entfaltet wird. Staatliche Maßnahmen welche diese Wahlfreiheit einschränken, sind nicht durch zwingende Gründe des Allgemeinwohls gerechtfertigt. Es besteht also auch ein Niederlassungsrecht für bloße Briefkastenfirmen.¹⁷⁵

¹⁷² *Rebernick/Schmidsberger*, ZIK 2010, 162.

¹⁷³ *König*, Aktualitätenkino 146 FN 21.

¹⁷⁴ EuGH 9.3.1999 Rs. C-212/97 („CENTROS“), Slg. 1999, I-1459.

¹⁷⁵ *Pechstein*, Entscheidungen des EuGH⁵ (2009) Rz 213.

3.3.6.2 EuGH „Inspire Art“¹⁷⁶

In der Inspire-Art-Entscheidung bestätigte der EuGH noch einmal die getroffenen Feststellungen aus der Centros-Entscheidung, dass in der Gründung einer Gesellschaft im Ausland mit dem einzigen Zweck, die im Inland geltenden strengeren gesellschaftsrechtlichen Vorschriften zu umgehen, kein Missbrauch der Niederlassungsfreiheit liegt. Noch dazu hat der EuGH erstmals zum Erfordernis eines bestimmten Mindestkapitals und den Sanktionen bei Nichterbringung desselben Stellung genommen. Entsprechend dem in der Judikatur des EuGH häufig anzutreffenden Leitbild des aufgeklärten Verbrauchers, sieht er in Mindestkapitalvorschriften jedenfalls für ausländische Gesellschaften kein geeignetes Mittel des Gläubigerschutzes, da die Gesellschaft als ausländisch erkennbar sei und damit nicht davon ausgegangen werden könne, sie unterliege denselben Haftungsregelungen wie inländische Gesellschaften.¹⁷⁷

3.3.7 Kritik an der OGH Entscheidung und hL

Karollus ist einer der großen Kritiker des Vorrangs des Anfechtungsrechts, schon vor der OGH Entscheidung hatte er eine gegenteilige Auffassung¹⁷⁸ und auch nach der OGH Entscheidung vom 26.5.2010 meldete er sich mit sehr kritischen Anmerkungen wieder zu Wort.¹⁷⁹

Dass nunmehr auch in Österreich – ebenso wie bereits vor mehr als fünfzehn Jahren in Deutschland¹⁸⁰ – die Dämme der gesellschaftsrechtlichen Kapitalerhaltung gegenüber der Insolvenzanfechtung gebrochen sind, ist laut *Karollus* und für den gesellschaftsrechtlichen Kapitalschutz kein Grund zur ungetrübten Freude. Da der Vorrang der Insolvenzanfechtung inzwischen der völlig herrschenden Auffassung entspricht, kam die Entscheidung nicht wirklich überraschend. In Deutschland sind frühere Vertreter der Gegenmeinung auf die Linie des BGH umgeschwenkt und in Österreich haben neben den Anfechtungsspezialisten, wie *König*, gerade auch ausgewiesene Gesellschaftsrechtler, wie *Kalss* und *Eckert*, für den Anfechtungsvorrang argumentiert. Die vom 3. Senat gebrachten Zitate der Befürworter ließen

¹⁷⁶ EuGH 30.9.2003 Rs. C-167/01 („Inspire Art“), Slg. 2003 I-10155.

¹⁷⁷ *Pechstein*, Entscheidungen des EuGH⁵ Rz 214.

¹⁷⁸ *Karollus*, Kapitalersetzende Leistungen, ÖBA 1997, 105.

¹⁷⁹ *Karollus*, Vorrang der Gläubigeranfechtung, ÖBA 2011, 407 Anm 1.

¹⁸⁰ BGH IX ZR 153/93 BGHZ 128, 184, 193 ff, im Anschluss an die gleichgerichtete Judikatur des RG.

sich darüber hinaus noch verlängern.¹⁸¹ *Karollus* ist dennoch der Ansicht, dass die Frage, ob wirklich das Interesse der Gläubiger des Gesellschafters höher zu gewichten ist als das – auch von der Rechtsordnung besonders geschützte und auch vom OGH ansonsten, wie die reichhaltige Judikatur zur Einlagenrückgewähr und zur Kapitalerhaltung deutlich belegt, äußerst nachdrücklich verfolgte – Interesse der Gläubiger der Gesellschaft, hätte durchaus auch gegenteilig gelöst werden können.¹⁸²

Die Hauptargumente des 3. Senats sind keinesfalls zwingend. Es ist zwar zutreffend, dass Leistungen, die auf einem besonderen Rechtsgrund beruhen, nicht dem Verbot der Einlagenrückgewähr unterliegen, aber es löst noch nicht die Frage, ob die Insolvenzanfechtung tatsächlich ein Rechtsgrund ist, welcher mit einem Drittgeschäft vergleichbar ist und eine Leistung aus dem Gesellschaftsvermögen außerhalb des Kapitalschutzes ermöglichen soll. Er ist der Meinung, dass es sich gerade nicht um echte „Dritte“ handelt, da die Gläubiger ihrer Ansprüche aus den Rechtsbeziehungen zu den Gesellschaftern ableiten, welcher seinerseits unzweifelhaft an den gesetzlichen Kapitalschutz gebunden ist. Die Argumentation, die Einbringung der Einlage gegen Gewährung der Beteiligung sei ein Leistungsaustausch wie jeder andere,¹⁸³ ist nicht richtig, denn die gesellschaftsrechtliche Beteiligung unterliegt vielmehr einem Sonderregime, was beispielsweise an der Nichtanwendung der Instrumente des Zivilrechts wie die Arglist- oder Irrtumsanfechtung bei einer eingetragenen Kapitalmaßnahme bewiesen wird. Die Frage ist, ob nicht auch die Gläubiger des Gesellschafters sich die Schranken der Kapitalerhaltung entgegenhalten müssen. Das zwingend gesetzliche Kapitalsystem wurde auch im Interesse Dritter entwickelt, bei den Dritten handelt es sich um die Gläubiger der Gesellschafter. Das System ist mehr als ein bloßes durch ein anfechtbares Rechtsgeschäft begründetes Recht des Anfechtungsgegners am Erhalt und Behalten der Leistung und hätte so auch laut *Karollus* als anfechtungsresistent verstanden werden können.¹⁸⁴

¹⁸¹ *Koziol/Bollenberger in Bartsch/Pollak/Buchegger* (Hrsg.), KO⁴ I §§ 39, 40 Rz 12.

¹⁸² *Karollus*, Vorrang der Gläubigeranfechtung, ÖBA 2011, 407 Anm 1.

¹⁸³ *Lwowski/Wunderlich*, Insolvenzanfechtung von Kapitalerhöhungsmaßnahmen, NZI 2008, 134.

¹⁸⁴ *Karollus*, Vorrang der Gläubigeranfechtung, ÖBA 2011, 407 Anm 1.

3.3.7.1 Folgen

Durch die Zulassung der Anfechtung können auch Fälle einschlägig sein, in denen ein Alleingesellschafter eine GmbH in Benachteiligungsabsicht oder *statu cridae* errichtet hat und die Anfechtung das gesamte geleistete Stammkapital betrifft. Es könnte passieren, dass den Gläubigern der Gesellschaft, der gesamte Haftungsfonds entzogen wird und so das Vertrauen in die ordnungsgemäße Kapitalausstattung einer Gesellschaft nichts wert ist. Warum diese Gläubiger weniger schutzwürdig sein sollen als jene des Gesellschaftsgründers ist für *Karollus* nicht verständlich.¹⁸⁵

3.3.7.2 Kompromiss – ungebundenes Vermögen

Auch in Fällen der Existenzgefährdung der Gesellschaft ist eine Anfechtung ohne Einschränkung zulässig. Von einigen Autoren für kapitalmarktrechtliche Ansprüche von Anlegern wurde ein Kompromiss zwischen den gegenläufigen Schutzinteressen für sinnvoll gehalten. Beispielsweise könne die Rückgewähr der Einlage nur aus ungebundenen Vermögen der Gesellschaft erfolgen.¹⁸⁶ Der OGH hat sich in seiner OGH Entscheidung vom 30.3.2011¹⁸⁷ aber gegen so eine Einschränkung entschieden.¹⁸⁸ Auf die Entscheidung wird später noch näher eingegangen (Kapitel 4.5.3).

Karollus ist der Ansicht, „dass die verharmlosenden Stimmen, wonach durch die Anfechtung ohnedies nicht der Bestand der Gesellschaft bzw der Beteiligung berührt werde, sondern es „nur“ um die Rückführung der Einlage gehe, nicht ernst genommen werden können. Ehrlicher sind hier *Kalss* und *Eckert*¹⁸⁹: Die Anfechtung und das Schicksal der GmbH seien voneinander „streng zu trennen“, dh letzteres ist den Befürwörtern der Anfechtung schlicht egal. Gerade das hätte aber Grund zum Nachdenken geben müssen, ob die uneingeschränkten Anfechtungsmöglichkeiten wirklich Weisheit letzter Schluss sein kann.“¹⁹⁰

¹⁸⁵ Ebda.

¹⁸⁶ *Kalss*, Anlegerinteressen. Der Anleger im Handlungsdreieck von Vertrag, Verband und Markt (2001) 218 ff; *Kalss/Oppit/Zollner*, Kapitalmarktrecht, Band I (2005) 307 f (§ 11 Rz 47); *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), Kommentar zum Aktiengesetz I (2003) § 52 Rz 14 ff; *Artmann* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ (2011) § 52 Rz 4 f.

¹⁸⁷ OGH 7 Ob 77/10i.

¹⁸⁸ *Karollus*, Vorrang der Gläubigeranfechtung, ÖBA 2011, 407 Anm 1.

¹⁸⁹ *Kalss/Eckert*, Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht 84.

¹⁹⁰ *Karollus*, ÖBA 2011, 407 Anm 1.

3.3.8 Differenzierung Insolvenz- und Gläubigeranfechtung

Der einschlägige Rechtssatz im RIS-Justiz¹⁹¹ wurde nur zu den Tatbeständen der KO bzw jetzt IO gebildet und auch die BGH-Leitentscheidung¹⁹² in Deutschland hatte eine Einzelanfechtung zum Gegenstand. Es hat jedoch keine Auswirkungen auf eine Differenzierung zwischen der Insolvenzanfechtung nach der IO im Interesse aller Gläubiger und der Gläubigeranfechtung nach der AnfO, welche im Interesse einzelner Gläubiger, außerhalb eines Insolvenzverfahren stattfindet. Beide Rechtsinstitute beruhen hinsichtlich der parallel vorgesehenen Tatbestände auf den gleichen Wertungsgrundlagen.¹⁹³

3.3.9 Konkurrenz zwischen Insolvenzanfechtung und Rückzahlungssperre

Die OGH Entscheidung über den Vorrang der Insolvenzanfechtung lässt sich auch auf die umstrittene Frage der Konkurrenz zwischen der Insolvenzanfechtung und einer aus dem Eigenkapitalersatzrecht abgeleiteten Sperre gem § 14 EKEG übertragen.¹⁹⁴ Die eigenkapitalersatzrechtliche Rückzahlungssperre beruht auch auf dem Prinzip der Kapitalerhaltung und wurde in mehrfacher Hinsicht den §§ 82 f GmbHG nachgebildet. Der OGH nahm daher in seinen Entscheidungsgründen auch auf die Literaturstimmen zur Konkurrenzfrage auf das EKEG Bezug. Dies bedeutet, dass bei Erfüllung der Voraussetzungen eines Anfechtungstatbestandes auch eigenkapitalersetzende Leistungen vom Insolvenzverwalter zurückgeholt werden, die Rückzahlungssperre gem § 14 EKEG und die Nachrangigkeit nach § 57a IO sind dabei unerheblich. In Deutschland hat der BGH¹⁹⁵ den Vorrang der Anfechtung vor der eigenkapitalersatzrechtlichen Bindung schon vorher entschieden.¹⁹⁶

3.3.10 Ausnahme Doppelinsolvenz

Ein Sonderfall tritt ein, wenn sich die Gesellschaft auch im Konkurs befindet. Bei der sogenannten Doppelinsolvenz kann die Anfechtung der Masse des Gesellschafters nur noch eine quotenmäßige Befriedigung verschaffen. Es handelt sich um eine normale Insolvenzforderung.¹⁹⁷ Die Gläubiger des Schuldners haben noch kein dinglich wirkendes Befriedigungsrecht erworben und die Anfechtungsrechte

¹⁹¹ RIS-Justiz RS0125884 vom 26.05.2010.

¹⁹² BGH IX ZR 153/93.

¹⁹³ Karollus, ÖBA 2011, 407 Anm 4.

¹⁹⁴ Karollus, ÖBA 2011, 407 Anm 2; OGH 3 Ob 51/10m; König, Aktualitätenkino 145 ff; aA Karollus in Buchegger (Hrsg.), Österreichisches Insolvenzrecht Kommentar, Erster Zusatzband (2009) § 14 EKEG Rz 31.

¹⁹⁵ BGH IX ZR 236/07 NZG 2009, 786 Rz 24 f.

¹⁹⁶ Karollus, ÖBA 2011, 407 Anm 2.

¹⁹⁷ Dellinger, ZIK 1996, 150 FN 3.

können nicht stärkere Wirkung entfalten, als die Befriedigungsrechte, deren Schutz sie dienen. Dies bedeutet, dass die Anfechtungsberechtigten in der Insolvenz des Anfechtungsgegners keine dingliche Position haben und somit auch keinen Vorrang vor den Insolvenzgläubigern genießen. Hier wird das Interesse der Gesellschaftsgläubiger nicht ganz hintenangestellt, jedoch müssen sie das Vermögen teilen, was sich in einer Quotenminderung auswirkt.¹⁹⁸

3.3.11 Subjektive Komponente des Anfechtungsgegners

Im Kapitel 2 – Anfechtungsrecht im Insolvenzverfahren – wurde festgestellt, dass die unterschiedlichen Tatbestände des Anfechtungsrechts auch unterschiedliche Tatbestandsvoraussetzungen aufweisen. Hervorzuheben sind dabei die subjektive Komponente und die Zurechnung auf Seiten des Anfechtungsgegners. Die Anfechtung kann also nur dann Erfolg haben, wenn auf Seiten der Gesellschaft die Kenntnis oder das Kennenmüssen von der Benachteiligungsabsicht in den Fällen gem § 28 Z 1 und 2 IO, das Kennenmüssen im Fall der Vermögensverschleuderung im Fall des § 28 Z 4 IO sowie der nach §§ 30, 31 IO geforderten subjektiven Voraussetzungen vorliegen. Es stellt sich die Frage, welche Person die subjektiven Voraussetzungen erfüllen muss, so wird es beispielsweise bei einer Kapitalerhöhung beim allgemeinen Grundsatz bleiben können, dass es auf die Kenntnis oder das Kennenmüssen des organschaftlichen Vertreters ankommt.¹⁹⁹ Auch das bloße Wissen eines ständigen Machthabers bzw der mit der Sache befassten Personen genügt gem der Rsp.²⁰⁰ Es ist nicht so einfach möglich, Vereinbarungen über Einlageleistungen bei einer Gründung einer Kapitalgesellschaft einem Geschäftsführer die Kenntnis zuzurechnen, da im Moment der Satzungsfeststellung bzw Abschlusses des Gesellschaftsvertrages die Kapitalgesellschaft noch nicht einmal als Vor-gesellschaft existiert. Jedoch hat gem §§ 28a Abs 1 AktG, 10 GmbHG der Geschäftsführer die freie Verfügung über die Einlage zu bestätigen und so wird das Wissen ihm zuzurechnen sein.²⁰¹

Wenn diese erwähnten Voraussetzungen nun auf die Entscheidung vom 26.5.2010²⁰² umgelegt werden, ist unproblematisch erkennbar, dass diese erfüllt

¹⁹⁸ *Koziol/Bollenberger in Bartsch/Pollak/Buchegger* (Hrsg.), KO⁴ I § 27 KO Rz 15, 20 jeweils mwN; *König, Anfechtung⁴ Rz 2/19.*

¹⁹⁹ *König, Anfechtung⁴ Rz 11/20*

²⁰⁰ OGH 3 Ob 539/82 SZ 57/87; 7 Ob 516/90; *König, Anfechtung⁴ Rz 11/20.*

²⁰¹ *Kalss/Eckert, Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht*, 84.

²⁰² OGH 3 Ob 51/110m.

waren. Zum Zeitpunkt der Einlagenleistung war der Schuldner der einzige Geschäftsführer der GmbH, woraus sich ohne weiteres eine Zurechnung seines Wissens um die eigene Zahlungsunfähigkeit und auch um seine Begünstigungsabsicht zur GmbH ergab. Es kann nicht differenziert werden zwischen einem im Rahmen der Geschäftsführertätigkeit erworbenen und sonst erlangtem Wissen. Diese sehr weitgehende Zurechnungsanerkennung des OGH wird auch in der Entscheidung vom 26.5.2010²⁰³ bezüglich einer liechtensteinischen Stiftung vollzogen. Es ist wohl kein Zufall, dass genau diese Entscheidung am gleichen Tag ergangen ist, denn insgesamt wird eine klare Richtung eingeschlagen. Es ergibt sich ein sehr scharfer und anfechtungsrechtlicher Zugriff auf Einlageleistungen bzw. Zuwendungen an Körperschaften.²⁰⁴

Das Wissen der organschaftlichen Vertreter bzw. zuständigen Machthaber iSd § 337 ABGB müssen sich juristische Personen zurechnen lassen.²⁰⁵ Bei Kollegialorganen reicht die Schlechtgläubigkeit auch nur eines Mitglieds.²⁰⁶ Nicht ohne weiteres ist eine Wissenszurechnung abzuleiten aus der bloßen Stellung des Schuldners als Gesellschafter oder aus einer Mitgliedschaft in anderen Organen, wie im Beirat oder Aufsichtsrat. Hingegen genügt die Stellung als ein "faktischer Geschäftsführer" für eine Wissenszurechnung. Es hat nichts mit der zu Recht verneinten organschaftlichen Vertretungsmacht eines "faktischen Geschäftsführers" zu tun.²⁰⁷

Ein weiterer umstrittener Punkt ist der § 32 Abs 2 IO mit der Frage, wer als naher Angehöriger des Gesellschafters zu sehen ist. Die Gesellschaft, welche die Einlage empfängt gilt nicht als naher Angehöriger iSd § 32 Abs 2 IO. Die Regelung kommt nur dann zur Anwendung, wenn der Schuldner eine Gesellschaft ist und nicht umgekehrt.²⁰⁸ Obwohl die umgekehrte Konstellation (Gesellschaft als Anfechtungsgegner und Gesellschafter als Schuldner) nicht erfasst ist, könnte auch zu erwägen sein, ob nicht eine GmbH im Verhältnis zu ihren Mehrheitsgesellschaftern als nahe Angehörige einzustufen sein könnte, dies würde eine Beweislastumkehr bezüglich

²⁰³ OGH 3 Ob 1/10h RdW 2010/736, 726 = ZfS 2010, 116 mit Anm Hosp.

²⁰⁴ Karollus, ÖBA 2011, 407 Anm 6 mwN.

²⁰⁵ Jabornegg/Artmann in Jabornegg/Artmann (Hrsg.), Kommentar zum UGB² (2010) § 125 Rz 8 mwN; Koziol/Bollenberger in Bartsch/Pollak/Buchegger (Hrsg.), KO⁴ I § 31 Rz 30; Reber-nig/Schmidsberger, ZIK 2010, 162.

²⁰⁶ OGH 2 Ob 570/95 SZ 68/206 = JBI 1996, 511; Koziol/Bollenberger in Bartsch/Pollak/Buchegger (Hrsg.), KO⁴ I § 31 Rz 30. Reber-nig/Schmidsberger, ZIK 2010, 162.

²⁰⁷ OGH 2 OB 238/09b; Karollus, ÖBA 2011, 407 = GesRZ 2011, 43 mit Anm Frenzel/Schörghofer; RdW 2011/87 = wbl 2011/39.

²⁰⁸ Kalss/Eckert, Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht 84.

den subjektiven Tatbestandsmerkmalen nach sich ziehen. Es müsste aber auch noch eine Analogfähigkeit des § 32 IO bejaht werden oder dass eine Erweiterung dem Gesetzgeber vorbehalten sei. Der OGH²⁰⁹ war aber gegen eine Anwendung der Konstellation.²¹⁰

3.3.12 Keine Gläubigerbenachteiligung - Anstieg des Geschäftsanteils?

Es könnte vorgebracht werden, dass durch die Leistung der Einlage der Wert des Geschäftsanteils gestiegen ist und es somit überhaupt zu keiner Gläubigerbenachteiligung gekommen ist. Die Einlageleistung hat nicht zu einem Vermögensabfluss geführt, sondern lediglich nur zur einer Änderung der Vermögenszusammensetzung des Schuldners. Auch diesen Einwand hat der OGH in seiner Entscheidung vom 26.5.2010 in Richtung einer Gläubigerbenachteiligung bejaht, da ein allfälliger Verkauf des Geschäftsanteils jedenfalls eine Erschwerung und möglicherweise eine Verzögerung der Zugriffsmöglichkeiten der Gläubiger bedeuten würde.²¹¹

3.3.13 Der Gesellschafter als Anfechtungsgegner

Theoretisch können nicht nur die Gesellschaft, sondern auch die Mitgesellschafter als Anfechtungsgegner in Betracht kommen. Zu so einer derartigen Konstellation kommt es dann, wenn die Einlageleistung im Verhältnis zum Wert des Gesellschaftsvermögens und der dem Schuldner gewährten Anteile unverhältnismäßig hoch war und durch die Kapitalerhöhung die übrigen Gesellschafter bereichert sind. Es wird abgeleitet aus dem Grundsatz, nachdem auch derjenige als Anfechtungsgegner in Betracht kommt, zu dessen Gunsten die anfechtbare Rechtshandlung vorgenommen worden ist.²¹² Durch das gesellschaftsrechtliche Leitprinzip des Ausschlusses der Haftung des Gesellschafters für Gesellschaftsverbindlichkeiten ist die Übertragung des Rechtssatzes auf die Gesellschafter des unmittelbar Begünstigten wohl nicht möglich.²¹³

3.3.14 Kaduzierungsverfahren bei einer Ein-Personen-GmbH

Wie schon erwähnt ist die Gesellschaft durch die nicht rechtzeitige Zahlung der Einlage des Gesellschafters berechtigt, das Kaduzierungsverfahren gem § 66 GmbHG einzuleiten. Die Einleitung und Durchführung des Kaduzierungsverfahrens kann

²⁰⁹ OGH 1 Ob 609/87.

²¹⁰ *Karollus*, ÖBA 2011, 407 Anm 6 mwN.

²¹¹ OGH 3 Ob 51/10m; *Rebernic/Schmidsberger*, ZIK 2010, 162.

²¹² *Koziol/Bollenberger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger* (Hrsg.), KO⁴ I § 38 Rz 1.

²¹³ *Kalss/Eckert*, Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht 85.

jedoch bei der Anfechtung der Einlageleistung einer Ein-Personen GmbH zu Problemen führen, denn kommt es zu einem wirksamen Ausschluss des Gesellschafters iSd § 66 Abs 2 GmbHG, verwandelt sich die Ein-Personen-GmbH zu einer „Kein-Personen-GmbH“, was mit einer Auflösung der Gesellschaft gleichzusetzen ist.²¹⁴ *Kalss und Eckert* sind der Ansicht, „dass durch die nachfolgenden Rechtsfolgen der Kein-Personen-GmbH aber nicht auf die Unzulässigkeit der Anfechtung und Einlagenrückzahlung geschlossen werden darf. Das Schicksal der GmbH wegen ihrer mangelnden Inhaberschaft eines Geschäftsanteils und die Einlagenleistung sind streng zu trennen.“²¹⁵ Der OGH ist in seiner Anlassentscheidung dieser Meinung auch beigetreten und hat bei Anfechtung der Einlageleistung einer Ein-Personen-GmbH kein Problem gesehen.²¹⁶

3.3.15 Kongruente Deckung

Eine weitere Frage die sich stellt ist, ob jene Zahlungen, mit der der Gesellschafter eine ihm von der Gesellschaft unzulässigerweise ausbezahlte Kapitalrückgewähr wieder an die Gesellschaft zurückleistet, von der Anfechtung ausgenommen sind. Bei diesem Szenario liegt nichts anderes als eine kongruente Deckung der Gesellschaft, als Gläubiger, vor. *König* spricht es sehr deutlich aus, indem er sagt, dass „Anfechtungsrecht nicht moralisiert und somit ist es anfechtungsrechtlich bedeutungslos ob diese kongruente Deckung ein Unrecht wieder gut macht oder nur sonst geschuldet wird.“²¹⁷

Laut *Koziol* ist nicht nur eine Deckung aus Mitteln des Schuldners, welche dieser aus einer strafbaren Handlung erlangt hat, als eine Benachteiligung für die Gläubiger zu sehen, sondern zählt auch die Deckung eines Schadenersatz-Gläubigers oder die Bezahlung einer Geldstrafe zu den Gläubigertatbeständen.²¹⁸

König kommt daher wiederum zum Schluss, dass somit auch die Deckung, der die Einlagenrückgewähr zurückfordernden Gesellschaft, anfechtbar ist.²¹⁹

²¹⁴ *Bachner* in *Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), AktG I (2003) § 1 Rz 7.

²¹⁵ *Kalss/Eckert*, Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht 84.

²¹⁶ OGH 3 Ob 51/10m.

²¹⁷ *König*, Aktualitätenkino 147.

²¹⁸ *Koziol*, Widerrechtliche Handlung als anfechtbare Rechtshandlung im Sinne des §§ 1 AnfO, 27 KO, ZIK 1997, 134 ff; OGH 2 Ob 177/06b (Anfechtung von Geldstrafen Zahlungen).

²¹⁹ *König*, Aktualitätenkino 147.

3.3.16 Konsequenzen für die Praxis

Die Entscheidung des OGH zu einem Vorrang des Anfechtungsrechts gegenüber den gesellschaftsrechtlichen Kapitalerhaltungsregeln wird sich auf die Praxis erheblich auswirken, denn erstmals wurde von der österreichischen Judikatur zu diesem Thema Stellung genommen. Bisher gab es nur Lehrmeinungen sowie die dt Rsp. Die Entscheidung wird in der Praxis das Problembewusstsein für insolvenzrechtliche Anfechtungsmöglichkeiten von gesellschaftsrechtlichen Vorgängen schärfen und vor allem als Ausgangspunkt für weitere Überlegungen in diesem Rechtsgebiet dienen. Es stellt sich die Frage, ob dem Anfechtungsrecht immer ein Vorrang vor den gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen zu geben ist, denn gerade im Bereich der Umgründungsmaßnahmen wurde von der Rsp noch immer nicht bindend entschieden, ob und wann Umstrukturierungen angefochten werden können.²²⁰

Kann die Entscheidung des OGH auf die Umstrukturierungstatbestände umgelegt werden oder ist der Bestand-, Gläubiger- und Kapitalerhaltungsschutz bei den Umstrukturierungen doch stärker als bei der Einlageleistung bzw Kapitalerhöhung? Das nächste Unterkapitel wird den aktuellen Stand der Literatur und der Judikatur zu dieser Thematik näher erläutern.

3.4 Insolvenzanfechtung von Umgründungsmaßnahmen

3.4.1 Allgemeine Problemstellung

Nicht nur Einlageleistungen oder Kapitalerhöhungen können ein Spannungsverhältnis zwischen dem Gesellschaftsrecht und dem Insolvenzrecht bewirken, sondern auch Umstrukturierungsmaßnahmen, wie zum Beispiel bei der Verschmelzung oder Spaltung, können in der nachfolgenden Insolvenz des Gesellschafters oder der Gesellschaft von anfechtungsrechtlichem Interesse sein und auch die Umgründungsvorgänge der Umwandlung und Einbringung können eine Rolle spielen. Die Gläubiger des Gesellschafters kann ein direkter Mittelzufluss vom Gesellschafter zur Gesellschaft und die Übertragung von negativem Vermögen einer Gesellschaft auf einen anderen Rechtsträger, kann die Gläubiger der übernehmenden Gesellschaft in ihren Befriedigungsaussichten schmälern. Es stellte sich die Frage, ob in beiden möglichen Szenarien der Insolvenzverwalter die jeweiligen Vorgänge an-

²²⁰ Rebernik/Schmidsberger, ZIK 2010, 163.

fechten kann und wenn ja, ob die anderen Gesellschafter oder die Gesellschaft an sich die Anfechtungsgegner sind. Die Frage, auf was sich der Anfechtungsanspruch bezieht, ist auch noch zu klären. Auch bei diesen Problemstellungen geht es einerseits um den Konflikt zwischen dem Eingriff des Insolvenzrechts (Anfechtungsrecht) in zivil- und gesellschaftsrechtlich grundsätzlich gültig geschaffene Rechtspositionen und andererseits um den Konflikt mit dem Bestandschutz des Gesellschaftsrechts bzw dem Grundsatz der Kapitalerhaltung iSd §§ 52 AktG, 82 GmbHG.²²¹

Durch das sorgfältige System von Gläubigerbestimmungen bei den Umstrukturierungen, wie Verschmelzung und Spaltung, kann es noch zusätzlich zu den zwei andern Konflikten auch noch hier zu Problemen kommen.²²²

Wie schon erwähnt, gibt es gerade in diesem Problembereich noch immer keine bindende Rsp und somit keinen höchstgerichtlichen Faden, ob und unter welchen Voraussetzungen Umstrukturierungen angefochten werden können.²²³

Im folgenden wird speziell differenziert auf die einzelnen Tatbestände der Verschmelzung und Spaltung näher eingegangen sowie auch kurz die Problematik bei dem Umgründungsvorgang der Einbringung erläutert. Abschließend wird auf die Thematik des Vorranges eingegangen und welchem Rechtsgebiet dieser zukommt.

3.4.2 Verschmelzung

3.4.2.1 Einleitung und Varianten

Der Ursprung des unternehmensrechtlichen Umgründungsrechts ist das Verschmelzungsrecht. Regelungen betreffend einer Verschmelzung waren schon im AHGB 1861²²⁴ und dt HGB von 1900 auffindbar, hingegen wurden Formen der Umgründung wie die Spaltung erst circa 100 Jahre später zu geltendem Recht.²²⁵

²²¹ *Rebernik/Schmidsberger*, ZIK 2010, 163f; *Rebernik/Schmidsberger*, Zur Anfechtung von Kapitalmaßnahmen und Umgründungsvorgängen im Insolvenzverfahren in *Konecny* (Hrsg.), Insolvenz Forum 2008 (2009) 211; *Rebernik/Schmidsberger*, GeS 2009, 182 ff.

²²² *Kalss/Eckert*, Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht 76.

²²³ *Rebernik/Schmidsberger*, ZIK 2010, 163f.

²²⁴ *Kalss/Burger/Eckert*, Die Entwicklung des österreichischen Aktienrechts (2003) 95 f, 243.

²²⁵ *Kalss*, Gläubigerschutz bei Verschmelzungen in *Konecny* (Hrsg.), Insolvenz Forum 2010 (2011) 169.

Die gesetzlichen Bestimmungen der Verschmelzung sind in §§ 219-234b AktG bzw §§ 96-101 GmbHG geregelt. Es gibt zwei Grundformen der Verschmelzung, auf der einen Seite kann eine Verschmelzung durch Aufnahme erfolgen, dies geschieht durch die Übertragung des Gesellschaftsvermögens einer oder mehrerer Gesellschaften im Weg der Gesamtrechtsnachfolge auf eine andere bereits bestehende Gesellschaft gegen Gewährung von Aktien oder Anteilen dieser Gesellschaft unter Ausschluss der Liquidation gem §§ 219 Z 1 AktG, 96 Z 1 GmbHG. Auf der anderen Seite gibt es gem §§ 219 Z 2 AktG, 96 Z 2 GmbHG die Form der Verschmelzung durch Neugründung, hier wird im Wege der Gesamtrechtsnachfolge alles auf eine neu gegründete Gesellschaft übertragen. Weitere Varianten sind die rechtsformübergreifende Verschmelzung gem §§ 234-234b AktG und die grenzüberschreitende Verschmelzung. Die Möglichkeit der rechtsformübergreifenden Verschmelzung einer AG auf eine GmbH ist noch nicht sehr lange möglich, es wurde erst mit dem GesRÄG 2007 in den §§ 234a, b AktG eingeführt.²²⁶

3.4.2.2 Bestandschutz

Auch bei der Verschmelzung stellt sich die Frage, ob die Anwendbarkeit des Anfechtungsrechts durch den Bestandschutz gem § 230 Abs 2 Satz 1 AktG zu Recht verneint werden kann? § 230 Abs 2 Satz 1 AktG lautet: *„Mängel der Verschmelzung lassen die Wirkungen der Eintragung gemäß § 225a Abs 3 AktG unberührt.“* Die Eintragung der Verschmelzung ins Firmenbuch hat gem § 225a Abs 3 AktG folgende Wirkungen:

- das Vermögen der übertragenden Gesellschaft geht einschließlich der Schulden auf die übernehmende Gesellschaft über – Gesamtrechtsnachfolge (Z 1);
- die übertragende Gesellschaft erlischt. Einer besonderen Löschung der übertragenden Gesellschaft bedarf es nicht (Z 2);
- die Aktionäre der übertragenden Gesellschaft werden Aktionäre der übernehmenden Gesellschaft (sofern § 224 AktG nichts anderes ergibt (Z 3);
- der Mangel der notariellen Beurkundung des Verschmelzungsvertrages wird geheilt (Z 4).

²²⁶ §§ 219-234b AktG, §§ 96-101 GmbHG.

Bei der Bestimmung gem § 230 Abs 2 handelt es sich um einen weitreichenden absoluten Bestandschutz, dessen Anwendungsbereich über die allgemeinen Regeln des Instituts der fehlerhaften Gesellschaft²²⁷ und der Nichtigkeitserklärung gem § 216 hinausgeht. Die Gründe für den Bestandschutz einer Verschmelzung sind unterschiedlich, so lässt es sich dadurch erklären, dass eine Entschmelzung sehr kompliziert wäre und hohe Kosten verursachen würde sowie die Verkehrsschutzüberlegungen mit der Eintragung ins Firmenbuch im Vordergrund stehen. Trotz der Möglichkeit eines *contrarius actus* in Form der Spaltung ist die Entschmelzung ausgeschlossen²²⁸

3.4.2.2.1 Mängel

Mit dem Begriff Mängel bezieht sich die Bestimmung auf verschiedene wie verschmelzungsrechtliche Mängel, sonstige aktien- oder gesellschaftsrechtlichen Mängel, Verstöße gegen das Kartellrecht, die Zusammenschlusskontrolle, aufsichtsrechtliche Bestimmungen und auch grundverkehrsrechtliche Regelungen. Unter verschmelzungsrechtlichen Mängeln werden solche verstanden, die aus dem Verschmelzungsvertrag und aus den Verschmelzungsbeschlüssen entstehen. Die Entschmelzung ist sowohl *ex-tunc* (rückwirkend) als auch *ex-nunc* (Zukunft) ausgeschlossen.²²⁹ Zu den sonstigen Mängeln zählen Willensmängel bei Abschluss des Vertrages, Dissens, Unvollständigkeit oder auch ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot. Das Verbot der Einlagenrückgewähr iSd § 52 AktG zählt hier auch dazu (siehe Kapitel 4.4.2.4). Die Wirkungen der Verschmelzung bleiben grundsätzlich unberührt, wenn es einen Verstoß gegen zwingende Gesetze oder die guten Sitten gibt, welche die Nichtigkeit des Vertrages nach sich ziehen.²³⁰ Es kommt nicht zu einer Heilung der Einlagenrückgewähr, sondern es wird die Rechtsfolge der absoluten Nichtigkeit und Rückabwicklung abgewehrt. Die Möglichkeit einer Vermögensangleichung und Vermögenssicherung der benachteiligten Gesellschaft, beispielsweise in Form einer Ausgleichszahlung, bleibt noch immer offen.²³¹ Das Verbot der Einlagenrückgewähr soll eine ungerechtfertigte Vermögensverschie-

²²⁷ *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/232.

²²⁸ *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung² (2010) § 230 AktG Rz 11; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³, § 96 Rz 22a; *Justich*, Kapitalerhaltung und Gläubigerschutz bei Verschmelzungen (2005) 167.

²²⁹ *Kalss*, Verschmelzung² § 230 AktG Rz 19.

²³⁰ *Napokoj*, Bestandschutz eingetragener Verschmelzungen, Ges 2007, 234.

²³¹ *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer* (Hrsg.), Österreichisches Gesellschaftsrecht⁶ (2007) Rz 3/875.

zung zulasten von Gläubigern und Gesellschaftern verhindern und nicht der Verschmelzung als Strukturmaßnahme im Wege stehen²³²

3.4.2.2.2 Entschmelzung

Eine Rückabwicklung der Verschmelzung hält *Fries* für möglich und auch geboten, jedoch verweist er auch auf die damit verbundenen Schwierigkeiten.²³³

Nach der Ansicht von *M. Doralt* sind verschmelzungsrechtliche Mängel mit der hA vom Bestandschutz gedeckt, allerdings ordnet er Verstöße gegen die Kapitalerhaltungsregeln, wie etwa bei einem Management Buyout MBA, nicht den verschmelzungsrechtlichen Mängeln zu. Sie ist der Meinung, dass vielmehr ein Verstoß gegen ein zwingendes Gesetz vorliege - § 52 AktG -, welcher dann gem § 56 AktG zur Nichtigkeit des Verschmelzungsbeschlusses führt. Der verschmelzungsrechtliche Bestandschutz versage daher bei so einem massiven Mangel.²³⁴

Justich hält diese Ansicht für überschießend, da sie zu nicht zu bewältigenden Abgrenzungsproblemen führen würde. Durch solch ein Vorgehen würden zwei Qualitäten von Nichtigkeiten entstehen. Er sieht auch den verschmelzungsrechtlichen Bestandschutz als einen absoluten Bestandschutz und somit fallen auch die anwendbaren Kapitalerhaltungsregeln auf Verschmelzungen, wie Nichtigkeit durch Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr, als verschmelzungsrechtliche Mängel unter den Bestandschutz. Anders würde die gesetzliche Normierung eines absoluten Bestandschutzes ins Leere führen.²³⁵

3.4.2.2.3 Insolvenzrechtliche Anfechtung und Bestandschutz

Allen insolvenzrechtlichen Anfechtungstatbeständen liegt das Erfordernis der Gläubigerbenachteiligung zu Grunde.²³⁶ Der Befriedigungsfonds muss durch eine Rechtshandlung geschmälert oder die Befriedigung nicht unbedeutend beeinträchtigt werden.²³⁷ Es kommt auch hier zum scheinbaren Konflikt des Anfechtungs- und Verschmelzungsrechts, wenn ein Gesellschafter durch eine Verschmelzung be-

²³² *Kalss*, Verschmelzung² § 230 AktG Rz 12, 14.

²³³ *Fries*, Handbuch der Verschmelzung, Umwandlungen und Vermögensübertragungen (1993) 87 ff.

²³⁴ *Doralt M.*, Management Buyout (2001) 252 ff.

²³⁵ *Justich*, Kapitalerhaltung und Gläubigerschutz bei Verschmelzungen (2005) 170.

²³⁶ OGH 6 Ob 256/99m ÖBA 2000, 1020.

²³⁷ OGH 7 Ob 534/89 ÖBA 1989, 1089; OGH 7 Ob 616/89.

nachteiligt wird. Da allerdings, die ausgegebenen Anteile bei einer Verschmelzung regelmäßig durch eine Kapitalerhöhung vollzogen werden, ist auch das Verhältnis des Bestandschutzes einer Verschmelzung zum Anfechtungsrecht gleich zu beurteilen wie bei einer Kapitalerhöhung.²³⁸

Es kommt auch hier zu keinem Konflikt zwischen dem Anfechtungsrecht und dem Bestandschutz gem § 230 Abs 2 AktG. Der Insolvenzverwalter eines Gesellschafters kann insolvenzrechtlich anfechten.²³⁹ Die insolvenzrechtliche Anfechtung hat, wie bei der Einlageleistung bzw Kapitalerhöhung, keine Auswirkung auf die Eintragung und bewirkt somit keine Rückgängigmachung der Verschmelzung bzw keine Entschmelzung.

3.4.2.3 Gläubigerschutz und Kapitalerhaltung

3.4.2.3.1 Schuldnerwechsel und Vermögensvereinigung

Das Grundelement der Privatautonomie wird bei freiwillig rechtsbegründeten Rechtsbeziehungen durch die freie Auswahl des Vertragspartners gebildet, so muss normalerweise keiner einen anderen Vertragspartner bzw Gläubiger akzeptieren, welchen er sich nicht selbst ausgesucht hat. Bei der Gesamtrechtsnachfolge wird aber genau dieses Prinzip der freien Vertragspartnerwahl durchbrochen. Die übernehmende Gesellschaft übernimmt in einem Akt das gesamte Vermögen, wie auch Schulden und Vertragsverhältnisse. Im Regelfall haben Gläubiger ein Zustimmungrecht oder zumindest ein Widerspruchsrecht gem § 38 UGB, aber auch diese Entscheidungs- und Gestaltungsrechte gibt es nicht bei einer Verschmelzung. Den Gläubigern wird ein Schuldnerwechsel sozusagen aufgezwungen. Die Erforderlichkeit und Rechtfertigung dieses Wechsels liegt in dem liquidationslosen Erlöschen der übertragenden Gesellschaft und des damit verbundenen Übergangs des gesamten Vermögens.²⁴⁰ Durch die Besonderheit dieses Schuldnerwechsels ist es notwendig, explizite gläubigerschützende Maßnahmen zu setzen.²⁴¹

²³⁸ *Kalss/Eckert*, Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht 86.

²³⁹ *Kalss*, Verschmelzung² § 230 AktG Rz 15.

²⁴⁰ *Kalss*, Gläubigerschutz bei Verschmelzungen von Kapitalgesellschaften, ZGR 2009, 74 ff; *Kalss/Eckert*, Gläubigergefahren bei Umgründen von Kapitalgesellschaften. GesRZ 2008, 81 ff.

²⁴¹ *Kalss*, Gläubigerschutz bei Verschmelzungen 169 f.

Die Befriedigungsaussichten eines Gläubigers können durch die Verschmelzung, welche zu einer Vereinigung von mindestens zwei Gesellschaftsvermögen führt, sehr leicht verschlechtert werden. Es wird Vermögen mit unterschiedlicher Vermögens-, Ertrags- und Finanzlagen zusammengeführt und so entstehen Probleme mit dem bereits erwähnten Schuldnerwechsel für die Gläubiger der übertragenden Gesellschaft, aber auch Gläubigerkonkurrenz für die Gläubiger der übernehmenden Gesellschaft. Auch die Übernahme einer schlechten Bonität kann die Gläubiger beeinträchtigen.²⁴²

3.4.2.3.2 Bonität der beteiligten Gesellschaften

Nicht immer trifft der ideale Fall ein, dass eine Vereinigung zu einer Vermehrung des Gesellschaftsvermögens führt, es kann sich natürlich auch in die andere Richtung auswirken und so zu einer Vermögensverminderung bzw Bonitätsminderung kommen. Eine Variante ist die Verschmelzung einer übertragenden sanierungsbedürftigen Gesellschaft auf eine gesunde Gesellschaft oder eine Verschmelzung der gesunden übertragenden auf eine sanierungsbedürftige Gesellschaft, was sich in beiden Fällen negativ auf die Befriedigungsaussichten der Gläubiger der gesunden Gesellschaft auswirkt. Die Jud²⁴³ hat eine sehr reservierte Haltung, auf welche noch später näher eingegangen wird, gegenüber der Verschmelzung von kranken Gesellschaften bzw Gesellschaften mit einem negativen Vermögen. Allerdings auch bei einer Verschmelzung von nicht überschuldeten Gesellschaften ist es möglich, dass die Aussichten der Gläubiger der Gesellschaft mit ursprünglich besserer Bonität deutlich beeinträchtigt werden.²⁴⁴

Eine weitere Bonitätsverschlechterung kann durch die Verschmelzung an sich entstehen, in dem es beispielsweise zu Abfindungsansprüchen von austrittswilligen Gesellschaftern²⁴⁵ oder es zu anderen Barabflüssen wie Zuzahlungen iSd § 224 Abs 5 AktG sowie Abgeltungen von Genussrechten bzw Schuldverschreibungen iSd § 226 Abs 3 AktG kommt. Es ist wichtig, dass diese Barabflüsse an strenge Vorkehrungen gebunden werden und einen Gläubigerschutz gewährleisten.²⁴⁶

²⁴² Kalss, Gläubigerschutz bei Verschmelzungen 170.

²⁴³ OGH 6 Ob 4/99b GesRZ 2000, 25.

²⁴⁴ Kalss, Gläubigerschutz bei Verschmelzungen 172.

²⁴⁵ Kalss, Das Austrittsrecht als modernes Instrument des Kapitalgesellschaftsrechts, wbl 2001, 366.

²⁴⁶ Kalss, Gläubigerschutz bei Verschmelzungen 172.

3.4.2.3.3 Abschließendes Gläubigerschutzkonzept

Die Verschmelzung von zwei Aktiengesellschaften kann die gleiche Wirkung wie eine Kapitalherabsetzung haben, speziell dann, wenn eine Konzerngesellschaft mit hohem Kapital auf eine Gesellschaft mit niedrigem Kapital verschmolzen wird. Eine Übernahme des Vermögens ohne Kapitalerhöhung führt dazu, dass sich gebundenes Kapital in "freies" Kapital verwandelt und so zur Ausschüttung an die Anteilseigner gelangen kann.²⁴⁷ Die Regeln der §§ 226 ff AktG sehen im Gegensatz zu den Bestimmungen der Kapitalherabsetzung einige Unterschiede hinsichtlich des fusionsrechtlichen Gläubigerschutzes. Es existiert weder ein Befriedigungs- bzw Sicherstellungsanspruch der Gesellschaftsgläubiger vor der Kapitalherabsetzung noch eine Ausschüttungssperre zu Gunsten der Gläubiger nach der Kapitalherabsetzung gem § 178 AktG. Der Kapitalerhaltungsgrundsatz und das Verbot der Einlagenrückgewähr an die Anteilseigner der Übertragenden könnte durch eine Verschmelzung so umgangen werden. Es zeigt, dass gerade im Hinblick auf die Kapitalerhaltungsbestimmungen durch einen Umgründungsvorgang sehr viele Probleme entstehen können.²⁴⁸

Die Literatur beschäftigte lange die Frage, ob neben den unmittelbaren verschmelzungsrechtlichen Gläubigerschutzbestimmungen auch die allgemeinen Kapitalerhaltungsregeln des AktG und des GmbHG anzuwenden sind.²⁴⁹

Saurer ist der Ansicht, dass die einzelnen Gläubigerschutzvorschriften der jeweiligen umgründungsrechtlichen Regelungen (AktG, GmbHG, UmwG, SpaltG) nicht in allen Fällen einen ausreichenden Gläubigerschutz der beteiligten Gesellschaften gewährleisten und insbesondere die Erhaltung des Gesellschaftsvermögens sicherstellen können. Der OGH²⁵⁰ hat die Frage, ob die Kapitalerhaltungsvorschriften des AktG auch bei Umgründungen ihre Gültigkeit behalten, auch höchstgerichtlich entschieden und ausgeführt, dass die Bestimmungen der §§ 226 ff AktG keine abschließende bzw ausreichende Regelung bei Verschmelzungen darstellen. Da die Bestimmungen erst nach der Rechtswirksamkeit der Verschmelzung eingreifen, können sie keinen abschließenden Schutz für die Gläubiger darstellen und auch

²⁴⁷ OGH 6 Ob 4/99b JBl 2000, 188 (193) = *ecolox* 2000, 121 = *GesRZ* 2000, 25.

²⁴⁸ *Szep* in *Jabornegg/Strasser* (Hrsg.), *AktG*⁵ II (2010) § 224 Rz 6 mwN.

²⁴⁹ *Justich*, *Kapitalerhaltung* 85.

²⁵⁰ OGH 6 Ob 4/99b *GesRZ* 2000, 25; OGH 6 Ob 288/99t *wbl* 2000/221, 330; OGH 6 Ob 121/00p.

keinen Schutz bieten, dass nach Eintragung der Verschmelzung in das FB Kapital von der übernehmenden Gesellschaft abfließt. Es steht den Gläubigern nicht mehr zur Befriedigung oder Sicherstellung zur Verfügung.²⁵¹

Auch *Koppensteiner* ist der Meinung, dass die §§ 226 ff AktG keinen abschließenden Charakter haben: „*Es kann dem Gesetzgeber nicht zugesonnen werden, dass er den Kapitalerhaltungsgrundsatz als zentrales Prinzip des Gesellschaftsrechts durch ein eigenes Gläubigerschutzregime bei der Verschmelzung einschränken wollte; sofern Wertungswidersprüche beim verschmelzungsrechtlichen Gläubigerschutz auftreten, seien diese durch die Entwicklung ergänzender Regeln zu beseitigen.*“²⁵²

Es gibt aber auch Argumente von verschiedenen Autoren für einen abschließenden Charakter der §§ 226 ff AktG, wie beispielsweise, dass die Verschmelzung als ein vom Gesetz ausgeprägter und mit diversen Schutzmechanismen versehener Typus des Untergangs einer Gesellschaft ohne Liquidation ist und daher mit einer Kapitalherabsetzung nicht vergleichbar ist²⁵³ oder dass das allgemeine Prinzip der Kapitalerhaltung durch die besonderen Vorschriften des Gläubigerschutzes verdrängt wird²⁵⁴ und der Gesetzgeber Wertungswidersprüche beim Gläubigerschutz bewusst in Kauf genommen hat.²⁵⁵

3.4.2.4 Einlagenrückgewähr

Die Umgründungsmaßnahme der Verschmelzung von Gesellschaften könnte, wie schon erwähnt, eingesetzt werden um den Kapitalerhaltungsgrundsatz zu umgehen und so das Verbot der Einlagenrückgewähr zu erfüllen. Laut der Rsp ist das Verbot der Einlagenrückgewähr wirtschaftlich zu betrachten: *Es verbietet jede Leistung der Gesellschaft an die Aktionäre, die nicht als Gewinn ausgewiesen ist und die eine Vermögenseinbuße, dh eine Minderung der Erwerbssaussichten oder eine Vermehrung der Risiken der Gesellschaft bewirkt.*²⁵⁶

²⁵¹ *Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), AktG § 52 Rz 80, 81.

²⁵² *Koppensteiner*, Verschmelzung und Vermögensbildung, wbl 1999, 335; *Szep in Jabornegg/Strasser* (Hrsg.), AktG⁵ II § 224 Rz 7.

²⁵³ *Ch. Nowotny*, Kapitalerhaltung bei Verschmelzungen und Spaltungen, RWZ 2000, 97.

²⁵⁴ *Greindl*, Verbotene Einlagenrückgewähr bei Umgründungen im Konzern, RdW 1999, 765.

²⁵⁵ *G. Nowotny*, Umgründungsrecht wohin? Oder der Hilferuf eines Firmenbuchrichters, eolex 2000, 118; *Szep in Jabornegg/Strasser* (Hrsg.), AktG⁵ II § 224 Rz 7.

²⁵⁶ OGH 4 Ob 2078/96h JBI 1997, 108 = EvBl 1996/144 = RdW 1996, 471; ebenso OGH 6 Ob 4/99b JBI 2000, 190; ebenso OGH 6 Ob 226/09t wbl 2010, 535; *Szep in Jabornegg/Strasser* (Hrsg.), AktG⁵ II § 224 Rz 6 mwN; *Saurer*, Leveraged Management Buy-Out (1995) 179ff; *Kalss*, Verschmelzung² § 224 AktG Rz 57; dies in *Konecny* (Hrsg.), Insolvenz Forum 2010, 179f.

Die Bestimmung des § 224 AktG regelt das Verbot der Einlagenrückgewähr bei den Gesellschaftern der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften.²⁵⁷ Bei den folgenden Verschmelzungen wird das Verbot näher erörtert: downstream-Verschmelzung, upstream-Verschmelzung, bei der Verschmelzung einer nach tatsächlichen Werten überschuldeten übertragenden Gesellschaft, bei einer Schwesternverschmelzung und bei der Verschmelzung einer Gesellschaft mit höherem Grund- bzw Stammkapital auf eine Gesellschaft mit niedrigem Grundkapital.²⁵⁸

3.4.2.4.1 Downstream-Verschmelzung

Eine downstream-Verschmelzung liegt vor, wenn das Vermögen der übertragenden Muttergesellschaft auf die übernehmende Tochtergesellschaft übertragen wird.²⁵⁹ Die Aktien, welche von der Mutter an der Tochter gehalten werden, werden an die Gesellschafter bzw Aktionäre der Mutter ausgegeben. Nach hA ist diese Verschmelzung nur möglich, wenn trotz der Nichtberücksichtigung des Beteiligungswertes an der Tochtergesellschaft ein positiver Verkehrswert im Wege der Gesamtrechtsnachfolge übertragen wird.²⁶⁰ Anders als im Umgründungsrecht gibt es keine explizite gesetzliche Regelung für das Vorliegen eines positiven Verkehrswertes, jedoch folgt die Notwendigkeit aus dem Grundsatz der Kapitalerhaltung.²⁶¹ Es liegt eine Einlagenrückgewähr iSd § 52 AktG vor, wenn die Mutter mehr Verbindlichkeiten bzw Schulden als sonstiges Aktivvermögen auf die Tochter überträgt und es keine betriebliche Rechtfertigung dafür gibt. Es kommt nicht darauf an, dass ein sogenannter „Leveraged (Management) Buy-Out-Effekt“ vorliegt.²⁶²

3.4.2.4.2 Upstream-Verschmelzung

Bei einer Verschmelzung von der Tochter- auf die Muttergesellschaft muss die Gewährung von Aktien durch die übernehmende Gesellschaft an die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft unterbleiben, wenn die Übernehmende Aktien an der Übertragenden besitzt. Andernfalls käme es zu einer unzulässigen Gewährung

²⁵⁷ Kalss, Gläubigerschutz bei Verschmelzungen 183.

²⁵⁸ Saurer in *Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), AktG § 52 Rz 82.

²⁵⁹ Saurer in *Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), AktG § 52 Rz 83.

²⁶⁰ OGH 6Ob 4/99b JBI 2000, 190; OGH 6 Ob 70/03t; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz³ § 96 Rz 6; *Szep* in *Jabornegg/Strasser* (Hrsg.), AktG⁵ II § 224 Rz 14 mwN.

²⁶¹ Kalss, Gläubigerschutz bei Verschmelzungen 180.

²⁶² Saurer in *Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), AktG § 52 Rz 83.

eigener Aktien.²⁶³ Die Anforderungen des Gläubigerschutzes sind mit wenigen Ausnahmen von Sonderfällen gleich wie bei einer Downstream-Verschmelzung.²⁶⁴ Gegen eine zu hohe Schuldenbelastung erkennt § 226 AktG ein Schutzbedürfnis für die Gläubiger beider Seiten an und somit ist idR auch die Verschmelzung der Tochter in die überschuldete Muttergesellschaft als unzulässig anzusehen. Durch den bloßen Aktivtausch auf Seiten der übernehmenden Gesellschaft kann die Unzulässigkeit nicht mit dem Verbot der Einlagenrückgewähr gerechtfertigt werden, sondern aufgrund Verletzung von Gläubigerinteressen. Es liegt idR kein Verstoß gegen § 52 AktG vor. Nach heutiger Meinung kann es aber zu einer Verschmelzung von einer überschuldeten Tochtergesellschaft kommen, wenn die Mutter trotzdem nach Abzug der töchterlichen Beteiligung insgesamt über ein ausreichendes positives Vermögen verfügt²⁶⁵ oder der Nachteil für die Mutter durch einen Zuschuss in das Gesellschaftsvermögen der Mutter ausgeglichen wird.²⁶⁶

3.4.2.4.3 Schwesternverschmelzung – Side Stream Verschmelzung

Gem § 224 Abs 2 Z 1 AktG darf die übernehmende Gesellschaft von der Gewährung von Aktien absehen, wenn die Gesellschafter sowohl an der übernehmenden als auch an der übertragenden Gesellschaft im gleichen Verhältnis unmittelbar oder mittelbar beteiligt sind, es sei denn, dass dies dem Verbot der Einlagenrückgewähr oder der Befreiung von Einlageverpflichtungen widerspricht. Normalerweise muss das übertragene Gesellschaftsvermögen bei einer Schwesternverschmelzung einen positiven Verkehrswert vorweisen, nur in Ausnahmefällen kann es zu einer Übertragung von einem negativem Verkehrswert kommen. Ein negativer Verkehrswert steht in Konflikt mit dem Verbot der Einlagenrückgewähr. Um den negativen Wert zu kompensieren kann es zu ausgleichenden Maßnahmen durch beispielsweise einen Verzicht der Ausschüttung eines Bilanzgewinns oder die Verwendung des Bilanzgewinns zum Ausgleich kommen.²⁶⁷ Es ist auch möglich, dass ein Dritter

²⁶³ *Ton*, Verbotene Einlagenrückgewähr bei der Abspaltung zur Aufnahme im Konzern, *ecolex* 1999, 173; *Hügel*, Verschmelzung und Einbringung (1993) 523; *Szep* in *Jabornegg/Strasser* (Hrsg.), AktG⁵ II § 224 Rz 17.

²⁶⁴ *Kalss*, Gläubigerschutz bei Verschmelzungen 180.

²⁶⁵ *Szep* in *Jabornegg/Strasser* (Hrsg.), AktG⁵ II § 224 Rz 17; *Kalss*, Verschmelzung² § 224 AktG Rz 63.

²⁶⁶ *Karollus/Lauss/Kutos*, Kapitalerhaltung und Verbot der Einlagenrückgewähr im Spaltungsgesetz, SWK 8/2000, W 24; *Kalss* in *Konecny*, Gläubigerschutz bei Verschmelzungen, *Insolvenz Forum* 2010 (2011) 181; *Szep* in *Jabornegg/Strasser* (Hrsg.), AktG⁵ II § 224 Rz.

²⁶⁷ OLG Wien 28 R 111/04f; 28 R 112/04b GeS 2005, 276.

die Verbindlichkeiten der übertragenden Gesellschaft abdeckt und so der reale Überschuldungsstatus beseitigt wird.²⁶⁸

3.4.2.4.4 Verschmelzung mit kapitalentsperrendem Effekt

Es kann auch zu einem Verbot der Einlagenrückgewähr kommen, wenn bei einer Verschmelzung ein sogenannter kapitalentsperrender Effekt eintritt. Dies ist dann der Fall, wenn eine Gesellschaft mit höherem Grund- bzw Stammkapital auf eine Gesellschaft mit einem niedrigeren Grundkapital verschmolzen wird.²⁶⁹ Für die Gläubiger besteht die Gefahr, dass ein bisher gebundenes Kapital in freies ausschüttbares Kapital transformiert wird, denn nicht die Verschmelzung an sich verletzt den Kapitalerhaltungsgrundsatz sondern der mögliche nachfolgende Beschluss mit dem Kapital an die Gesellschafter ausgeschüttet wird.²⁷⁰ Es ist gesetzlich nicht zwingend die Differenz zwischen dem Buchwert der Aktiva der übertragenden Gesellschaft und den dafür gewährten Anteilen in die gebundene Kapitalrücklage einzustellen und somit wäre eine Ausschüttung an die Aktionäre grundsätzlich möglich. Mit der Entscheidung vom 11.11.1999 hat der OGH²⁷¹ sich in dieser Hinsicht klar und deutlich für den Gläubigerschutz entschieden. Der Gerichtshof sah eine Lücke des Gläubigerschutzes für die Gläubiger der übertragenden Gesellschaft und verlangte die sinngemäße Anwendung der Vorschriften über die ordentliche Kapitalherabsetzung.²⁷²

Durch ausgleichende Maßnahmen kann, laut OGH, die Durchführung solch einer Verschmelzung dennoch möglich sein. Zu diesen Maßnahmen zählen zB dass,²⁷³

- das Kapital der übernehmenden Gesellschaft im gleichen Ausmaß wie die Differenz der Nennkapitalien von übertragender und übernehmender Gesellschaft erhöht wird;
- vorher eine Kapitalherabsetzung bei der übertragenden Gesellschaft stattfindet;
- in der Eröffnungsbilanz gem § 229 UGB der übernehmenden Gesellschaft die übernommenen Aktiva als gebundene Rücklagen eingestellt werden;²⁷⁴

²⁶⁸ Kalss, Gläubigerschutz bei Verschmelzungen 182 f.

²⁶⁹ Saurer in *Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), AktG I § 52 Rz 95.

²⁷⁰ Kalss, Gläubigerschutz bei Verschmelzungen 176.

²⁷¹ OGH 6 Ob 4/99b SZ 72/172, 362 (372 f) = GesRZ 2000, 25 (30 f).

²⁷² Saurer in *Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), AktG I § 52 Rz 95.

²⁷³ Kalss, Gläubigerschutz bei Verschmelzungen 178.

²⁷⁴ Kalss, Verschmelzung² § 224 AktG Rz 46; Kalss, Gläubigerschutz bei Verschmelzungen 178.

- alle Gläubiger der übertragenden Gesellschaft befriedigt oder sichergestellt sind;
- die Gläubiger, dies nachweislich nicht verlangt oder auf einen besonderen Schutz verzichtet haben;²⁷⁵
- vorweg bei der Anmeldung der Verschmelzung eine angemessene Sicherheitsleistung für Gläubigeransprüche erbracht wird.²⁷⁶

Einzelne Forderungen des OGH wie die Einstellung des Verschmelzungsgewinns in eine gebundenen Rücklage sind vom Gesetz nicht gedeckt, denn nach hA ist der Gewinn in eine freie Kapitalrücklage einzustellen,²⁷⁷ da gebundene Rücklagen außer in den Fällen § 229 Abs 2 Z 1-4 UGB unzulässig sind.²⁷⁸

Der OGH verneint die Anwendung des Summengrundsatzes, ähnlich wie im Spaltungsrecht, in seiner Entscheidung ebenso, wie die gesamte Literatur. Es existiert keine dem Summengrundsatz gem § 3 Abs 1 SpaltG vergleichbare Regelung im Verschmelzungsrecht.²⁷⁹

3.4.2.5 Anfechtung auf Gesellschafterebene

Bisher wurden in der Literatur und der Judikatur die Anfechtbarkeit von Umstrukturierungsmaßnahmen nicht sehr eingehend untersucht, aber gerade auf der Ebene des Gesellschafters stellt sich eine sehr ähnliche anfechtungsrechtliche Problematik wie bei der Kapitalerhöhung. Die durch die Verschmelzung ausgegebenen Anteile werden regelmäßig im Wege einer Kapitalerhöhung geschaffen und die Übertragung des Gesellschaftsvermögens stellt iSd § 223 AktG eine Sacheinlage dar. Die rechtsgeschäftlichen Beziehungen sind aber unterschiedlich zu einer normalen Kapitalerhöhung. Auf Grundlage eines Vertrages wird bei der Verschmelzung das Vermögen der übertragenden Gesellschaft auf die übernehmende Gesellschaft übertragen. Die übertragende Gesellschaft geht gem § 225a Abs 3 Z 2 AktG durch die Eintragung der Verschmelzung unter. Im Unterschied zur ordentlichen Kapitalerhöhung gegen Einlage gibt es keine direkte rechtsgeschäftliche Beziehung und auch keine direkte Leistungsbeziehung zwischen den Gesellschaftern der übertra-

²⁷⁵ Kalss, Verschmelzung² § 224 AktG Rz 41.

²⁷⁶ Foglar-Deinhardstein/Aburumieh, Kapitalentsperrung über die Grenze, GesRZ 2009, 343; Kalss, Verschmelzung² § 224 AktG Rz 54.

²⁷⁷ Kalss, Verschmelzung² § 224 AktG Rz.

²⁷⁸ Szep in Jabornegg/Strasser (Hrsg.), AktG⁵ II § 224 Rz 11.

²⁷⁹ Kalss, Gläubigerschutz bei Verschmelzungen 179; Szep in Jabornegg/Strasser (Hrsg.), AktG⁵ II § 224 Rz 11.

genden, welche durch die Eintragung zu Gesellschaftern der übernehmenden Gesellschaft werden gem § 225a Abs 3 Z 3 AktG.²⁸⁰

Durch diese unterschiedliche Leistungsbeziehung kommt es zu einem erheblichen Unterschied im Gegensatz zur Kapitalerhöhung, denn die Gläubigerbenachteiligung kann nicht darin liegen, dass der Einlagegegenstand dem Zugriff der Gläubiger des Gesellschafters entzogen wurde. Nur ein unangemessenes Umtauschverhältnis, wie zB dass ein Anteil mit einem Wert von 120 durch einen Anteil mit einem Wert von 60 ersetzt wird oder wenn überhaupt keine Anteile als Gegenleistung gewährt werden bzw auf Anteile verzichtet wird, kann eine Benachteiligung nach sich ziehen. Das Gesellschaftsvermögen der übertragenden Gesellschaft ist als das Äquivalent für die Einlage zu sehen und das Vermögen steht auch schon vor dem Wirksamwerden der Maßnahme nicht dem unmittelbaren Zugriff der Gläubiger des Gesellschafters offen.²⁸¹

Eine Benachteiligung der Gläubiger der Gesellschafter der beteiligten Gesellschaften ist jedenfalls möglich und zwar auf beiden Seiten. Auch die Gläubiger der übernehmenden Gesellschaft können eine Anfechtung vornehmen, wenn als Gegenleistung zu viele Anteile gewährt werden und so die Stellung der übertragenden Gesellschafter an einer übernehmenden verbessert wird. Somit ist in beiden Richtungen eine Benachteiligung möglich, wenn ein korrektes Umtauschverhältnis nicht gewährleistet wird bzw unangemessen ist oder überhaupt durch das Unterbleiben der Anteilsgewährung. Durch die Benachteiligung einer Gläubigergruppe, kommt nicht nur die Gesellschaft als Anfechtungsgegner in Betracht, sondern auch die nicht benachteiligte Gesellschaftergruppe. Aus einem bestimmten Umtauschverhältnis zieht die übernehmende Gesellschaft zwar keinen unmittelbaren Vorteil, jedoch kommt sie, durch die unmittelbare Beteiligung an der anfechtbaren Rechtsbehandlung und durch den Erhalt eines zu hohen Vermögens im Verhältnis zu den gewährten Anteilen, als Anfechtungsgegner in Betracht. Es besteht eine Parallele zur Möglichkeit der gerichtlichen Überprüfung der Umtauschverhältnisses gem §§ 225 c ff AktG. Die Bestimmung besagt, dass wenn das Umtauschverhältnis oder die allfälligen baren Zuzahlungen nicht angemessen festgelegt wurden, jeder Akti-

²⁸⁰ *Kalss/Eckert*, Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht 85 f.

²⁸¹ *Ebda*.

onär einer der beteiligten Gesellschaften einen Anspruch gegen die übernehmende Gesellschaft auf Ausgleich durch bare Zuzahlungen hat.²⁸²

Auch hier entsteht ein Konflikt mit dem Prinzip der Haftungsbeschränkung, was schon bei der Einlagenanfechtung gegenüber den Gesellschaftern als Anfechtungsgegner zum Vorschein kam. Obwohl nach den Zielen der Insolvenzanfechtung der als Anfechtungsgegner in Frage kommende Personenkreis nicht zu eng zu ziehen ist und der Blick auf den wirtschaftlichen Gesamtzusammenhang wesentlich ist. So sind nach *König* all jene, unter deren Mitwirkung oder zu deren Gunsten die Rechtshandlungen vorgenommen wurde oder die durch sie mittelbar oder unmittelbar einen Vermögensvorteil erlangt haben oder denen ein solcher Vorteil zumindest zugedacht war,²⁸³ als Anfechtungsgegner zu sehen.²⁸⁴

Nach *Kalss und Eckert* ist die Übertragung dieser Meinung aber wohl aufgrund des gesellschaftsrechtlichen Leitprinzips des Ausschlusses der Haftung des Gesellschafters für Gesellschaftsverbindlichkeiten nicht möglich und daher muss die Anwendung des Anfechtungsrechts auf Gesellschafterebene wohl ausgeschlossen werden.²⁸⁵

3.4.2.5.1 Beispiel²⁸⁶

Sachverhalt: A ist alleiniger Gesellschafter der A-GmbH und B ist zu 100 % Gesellschafter der B-GmbH. Beide Gesellschaften haben ein Stammkapital von jeweils 35.000 €. Die A-GmbH wird als übertragende Gesellschaft mit der B-GmbH als übernehmende Gesellschaft verschmolzen. Durch die Verschmelzung wird bei der B-GmbH das Kapital um 35.000 € erhöht und A erhält den neuen Gesellschaftsanteil.

Variante 1: Der Verkehrswert der A-GmbH und der B-GmbH beträgt jeweils 1.000.000 €. Über die A wird das Insolvenzverfahren eröffnet

²⁸² *Kalss/Eckert*, Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht 86.

²⁸³ OGH 7 Ob 591/80, *Koziol/Bollenberger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger* (Hrsg.), KO⁴ I § 38 Rz 1 Anm 2;

²⁸⁴ *König*, AnfO⁴ § 38 Rz 4/2 mwN; *Koziol/Bollenberger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger* (Hrsg.), KO⁴ I § 38 Rz 1; *Kalss/Eckert*, Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht 85.

²⁸⁵ *Kalss/Eckert*, Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht 86.

²⁸⁶ Beispiel wurde entnommen aus *Reber-nig/Schmidsberger*, GeS 2009, 186 ff = *Reber-nig/Schmidsberger*, Insolvenz Forum 2008, 219 f.

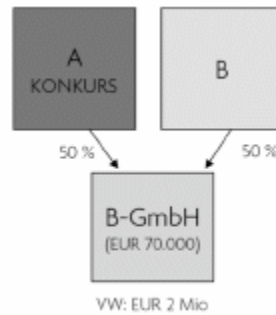


Abbildung 1: Verschmelzung Gesellschafterebene - Variante 1

(Quelle: Rebernik/Schmidsberger, GeS 2009, 187.)

Die Frage die sich stellt ist, ob die Gläubiger von A durch die Verschmelzung benachteiligt wurden und eine Anfechtung der Verschmelzung Erfolg hätte. Das teils unausgesprochene Erfordernis einer Gläubigerbenachteiligung liegt allen Anfechtungstatbeständen zugrunde.²⁸⁷ *Es bedeutet, dass der Befriedigungsfonds der Gläubiger durch (unmittelbare Nachteiligkeit) oder als Folge (mittelbare Nachteiligkeit) einer Rechtshandlung geschmälert bzw die Möglichkeit einer Befriedigung nicht unbedeutend beeinträchtigt, dh verkürzt, vereitelt, erschwert, gefährdet oder verzögert wurden.*²⁸⁸

Da der Verkehrswert von beiden Gesellschaften gleich hoch ist, ist auch der Wert der Beteiligung des Gesellschafters vor und nach der Verschmelzung gleich hoch. Durch den Wechsel in der Beteiligung kommt es also nicht zur Benachteiligung der Gläubiger des Schuldners. Lediglich eine gesellschaftsvertragliche Verpflichtung des Schuldners hätte dies ändern können, denn bei einer Vereinbarung, dass die Geschäftsanteile nur mit Zustimmung der Gesellschaft übertragen werden oder durch Aufgriffsrechte der Mitgesellschafter iSd § 76 GmbH hätte zu einer Benachteiligung geführt. Solche Verpflichtungen erschweren die Verwertbarkeit der GmbH-Beteiligung und die Anfechtung würde damit nicht schon an den allgemeinen Anfechtungsvoraussetzungen scheitern.²⁸⁹

Variante 2: Der Verkehrswert der A-GmbH beträgt 1.000.000 € und der Verkehrswert der B-GmbH 500.000 €. Es wird wieder das Insolvenzverfahren über A eröffnet.

²⁸⁷ OGH 6 Ob 256/99m ÖBA 2000, 1020.

²⁸⁸ OGH 6 Ob 287/65; OGH 7 Ob 534/89 ÖBA 1989, 1018 = RdW 1989, 193; *Kirchhof in Kirchhof/Lwowski/Stürner*, MünchKommInsO² II § 129 Rz 101.

²⁸⁹ *Rebernik/Schmidsberger*, Ges 2009, 187; *Rebernik/Schmidsberger*, Insolvenz Forum 2008, 220.

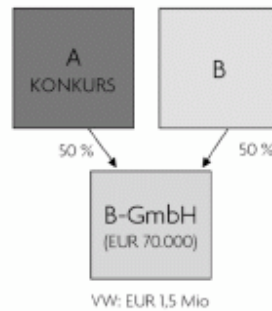


Abbildung 2: Verschmelzung Gesellschafterebene - Variante 2

(Quelle: Rebernik/Schmidsberger, GeS 2009, 187.)

In dieser Konstellation liegt klar eine Gläubigerbenachteiligung vor. Der 50%ige Anteil von A entspricht nach der Verschmelzung nur einem Wert von 750.000 €, jedoch vor der Verschmelzung 1.000.000 €. Der Befriedigungsfonds der Gläubiger von A wurde um 250.000 € verkleinert. Die weitere Frage, die sich stellt ist, wer der Anfechtungsgegner bei dieser Benachteiligung ist, die übernehmende Gesellschaft, der frühere Alleingesellschafter oder beide. Die Verschmelzung hat eine Begünstigung der B-GmbH und deren Gesellschafter B herbeigeführt. Für B hat sich der Wert des Geschäftsanteils erhöht und die B-GmbH hat ohne eine Gegenleistung zu erbringen Vermögen erhalten. Es sprechen zwei wesentliche Gründe für die GmbH als Anfechtungsgegnerin, denn zum einen handelt es sich hier wirtschaftlich um nichts anderes als eine Sacheinlage gegen Gewährung von Gesellschafterrechten²⁹⁰ und so richtet sich die Anfechtung auch hier gegen die Gesellschaft, gleich wie es auch bei der Einlagenleistung des später insolventen Gesellschafters passiert. Zum anderen wird klar im Gesetz gem § 225c AktG festgelegt, dass für Benachteiligungen betreffend dem Umtauschverhältnis eines Gesellschafters die übernehmende Gesellschaft (B-GmbH) ausgleichspflichtig ist und nicht etwa der Mitgesellschafter. Bei einer rechtzeitigen Antragsstellung und Antragsberechtigung hat damit die GmbH durch bare Zuzahlungen zu leisten.²⁹¹

Der Insolvenzverwalter hat den Anfechtungsanspruch gem § 39 IO auf den Ausgleich des dem Gläubigern entstanden Nachteils zu richten und ist eine Rückstellung der anfechtbar übertragenen Sache möglich, hat diese in natura zu erfol-

²⁹⁰ Szep in Jabornegg/Strasser (Hrsg.), AktG⁵ II § 219 Rz 2.

²⁹¹ Rebernik/Schmidsberger, Ges 2009, 187; Rebernik/Schmiedsberger, Insolvenz Forum 2008, 221.

gen.²⁹² Es ist Wertersatz zu leisten, wenn die Erfüllung des primären Naturalanspruchs nicht tunlich ist gem § 39 Abs 1 IO. Da durch die Verschmelzung die A-GmbH untergegangen ist, ist die Rückstellung der früheren Beteiligung nicht mehr möglich und es muss ein Wertersatzanspruch geleistet werden.²⁹³

3.4.2.6 Anfechtung auf Gesellschaftsebene

In einem weiteren Anfechtungsszenario ist die Ebene der beteiligten Gesellschaften selbst einzubeziehen. Es sind die Anfechtungsmöglichkeiten von den Gläubigern der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften und die Insolvenz- bzw Gläubigeranfechtung der übernehmenden Gesellschaft zu prüfen. In den letzten Jahren – wie schon erwähnt - wurde in der Jud oft die Problematik diskutiert unter welchen Voraussetzungen Verschmelzungen von beteiligten Gesellschaften mit einem negativen Verkehrswert zulässig sind. Allerdings haben sich die gesellschaftsrechtlichen Diskussionen auf die Frage fokussiert, ob solche Verschmelzungen unzulässig sind, dadurch eine Firmenbucheintragung zu verweigern ist und eine Eintragung eine Haftung der beteiligten Organe hervorruft. Die Frage, ob eine derartige Verschmelzung Gegenstand der Insolvenz- und Gläubigeranfechtung sein kann, wurde nicht behandelt. Durch die sehr strengen Präventivmaßnahmen des Gläubigerschutzes im Verschmelzungsrecht, kommt diese Problematik in der Praxis sehr selten zum Vorschein. Um die Probleme besser zu erläutern, wird alles wieder anhand eines Beispiels demonstriert.²⁹⁴

Sachverhalt: Es wird wieder eine A-GmbH als übertragende mit einer B-GmbH als übernehmende Gesellschaft verschmolzen. Die A-GmbH besteht aus einem negativen Verkehrswert. Über das gesamte Vermögen der B-GmbH wird nach der Verschmelzung ein Insolvenzverfahren eröffnet.²⁹⁵

²⁹² OGH 1 Ob 590/89 SZ 62-/163 = JBI 1990, 454 = ÖBA 1990, 222; OGH 2 Ob 198/98a SZ 73/3 = ÖBA 2000, 821.

²⁹³ *Rebernig/Schmiedsberger*, Ges 2009, 187; *Rebernig/Schmiedsberger*, Insolvenz Forum 2008, 221f.

²⁹⁴ *Kalss/Eckert*, Gesellschafts und Insolvenzrecht 86f.

²⁹⁵ *Rebernig/Schmiedsberger*, Ges 2009, 188; *Rebernig/Schmiedsberger*, Insolvenz Forum 2008, 222f.

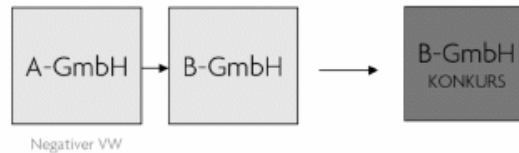


Abbildung 3: Verschmelzung Gesellschaftsebene – Negativer VK

(Quelle: Rebernik/Schmidsberger, GeS 2009, 188.)

Aus Gründen des Gläubigerschutzes sind idR Verschmelzungen von Gesellschaften mit negativem Verkehrswert unzulässig. Es ist vom Firmenbuchgericht durch die amtswegige Prüfpflicht der Eintragungsvoraussetzungen in formeller und materieller Hinsicht zu kontrollieren (§ 15 FBG iVm § 2 Abs 2 Z 5 AußStrG). Erst nach einer Eintragung in das Firmenbuch ist die Anfechtung einer Verschmelzung relevant.²⁹⁶

Einer Insolvenzanfechtung stehen Schwierigkeiten sowohl auf gesellschaftsrechtlicher wie auch auf anfechtungsrechtlicher Ebene gegenüber. Es ist anerkannt, dass im Anfechtungsrecht der Anfechtungsgegner und der Gemeinschuldner grundsätzlich nicht identisch sein können.²⁹⁷ Nur, wenn der Gemeinschuldner Rechtsnachfolger des ursprünglichen Anfechtungsgegners ist und das Anfechtungsobjekt sich nicht ohnehin in der Insolvenzmasse befindet, kommt es zu einer Ausnahme.²⁹⁸ Die übertragende Gesellschaft ist erloschen und das Vermögen inklusive den Schulden im Weg der Gesamtrechtsnachfolge auf die übernehmende Gesellschaft (B-GmbH) übergegangen und somit ist nach der Eintragung der Verschmelzung nur mehr ein Rechtsträger (die spätere Schuldnerin) vorhanden. Dem Insolvenzverwalter fehlt der Anfechtungsgegner. Das Vermögen müsste nachträglich wieder geteilt werden und in irgendeiner Weise den Fortbestand der übertragenden Gesellschaft fingieren.²⁹⁹

Obwohl dies genau im Gesetz in § 227 Abs 2 AktG geregelt ist, wo es heißt: „Für diese Ansprüche sowie weitere Ansprüche, die sich für und gegen die übertragende Gesellschaft nach den allgemeinen Vorschriften auf Grund der Verschmelzung ergeben, gilt die übertragende Gesellschaft als fortbestehend“, kann es nicht vom Insolvenzverwalter geltend gemacht werden. Der Anspruch gem § 227 Abs 2 AktG kann gem § 228 Abs 1 AktG nur durch einen besonderen vom Gericht des Sitzes der übertragenden Gesellschaft auf Antrag bestellten Vertreter geltend gemacht

²⁹⁶ Ebda.

²⁹⁷ OGH 1 Ob 49/65 EVBI 1973/182; König, Anfechtung⁴ Rz 4, 5.

²⁹⁸ König, Anfechtung⁴ Rz 4, 5.

²⁹⁹ Kalss/Eckert, Gesellschafts und Insolvenzrecht 86 f.

werden. Solch ein Instrument ist für die Insolvenzanfechtung nicht vorgesehen, da gem § 37 Abs 1 IO das Anfechtungsrecht des Insolvenzverfahrens nur durch einen Insolvenzverwalter ausgeübt werden kann. Nicht nur die Abtretung des Anspruchs zur Prozessführung an Dritte,³⁰⁰ sondern auch Verfügungen³⁰¹ des Insolvenzverwalters über den Anfechtungsanspruch sind nach hA unzulässig.³⁰²

Kalss/Eckert sind der Ansicht, dass bei einer näheren Betrachtung der von § 228 AktG behandelte Fall auch ein durchaus ähnlicher ist: „Zwar behandelt die Bestimmung nicht die relative Unwirksamkeit der Verschmelzung, sondern die Geltendmachung von Haftungsansprüchen gegen Organmitglieder; zu diesem Zweck wird aber der Fortbestand der übertragenden Gesellschaft fingiert und der erzielte Erlös an die Gläubiger verteilt. Es könnte das gleiche Muster herangezogen werden und auch der Anfechtungsanspruch durch einen gemeinsamen Vertreter geltend gemacht werden, wie auch der Erlös unter die Gläubiger der übertragenden Gesellschaft verteilt werden. Es ist nach geltendem Recht allerdings nicht möglich.“³⁰³

Ein anderes Szenario liegt vor, wenn der anfechtbare Sachverhalt durch die übertragende Gesellschaft bereits vor der Verschmelzung verwirklicht wurde, denn der Anfechtungsanspruch geht auf die übernehmende iSd Gesamtrechtsnachfolge über (§ 225a Abs 3 AktG). Die Anfechtung wird vom Insolvenzverwalter der B-GmbH durchgeführt und der Erlös bildet eine Sondermasse für die Gläubiger des untergegangenen Rechtsträgers. Diese ist eine verbreitete Ansicht, welche teils auf § 228 Abs 3 AktG gestützt ist.³⁰⁴

Tritt der umgekehrte Fall ein, dass der Verkehrswert der B-GmbH negativ ist und wieder anschließend über diese das Insolvenzverfahren eröffnet wird, kommt es zu einer ganz anderen Lösung. Hier müsste der Insolvenzverwalter zu Gunsten der Gläubiger der übertragenden GmbH den Vertrag mit seiner eigenen Schuldnerin anfechten, was aber nicht möglich ist.³⁰⁵

³⁰⁰ *Koziol/Bollenberger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger* (Hrsg.), KO⁴ I § 37 KO Rz 4.

³⁰¹ *Koziol/Bollenberger* in *Bartsch/Pollak/Buchegger* (Hrsg.), KO⁴ I § 27 KO Rz 56.

³⁰² *Rebernik/Schmidsberger*, Ges 2009, 188; *Rebernik/Schmidsberger*, Insolvenz Forum 2008, 222f.

³⁰³ *Kalss/Eckert*, Gesellschafts und Insolvenzrecht 87.

³⁰⁴ *Rebernik/Schmidsberger*, Ges 2009, 188 mwN; *Rebernik/Schmidsberger*, Insolvenz Forum 2008, 223 mwN.

³⁰⁵ *Rebernik/Schmidsberger*, Ges 2009, 188; *Rebernik/Schmidsberger*, Insolvenz Forum 2008, 223.

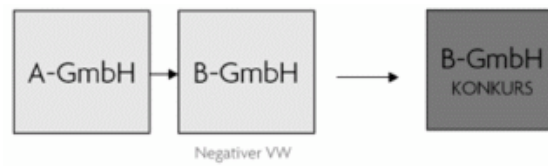


Abbildung 4: Verschmelzung Gesellschaftsebene – Negativer VK II

(Quelle: Rebernik/Schmidsberger, GeS 2009, 188.)

3.4.3 Spaltung

3.4.3.1 Einleitung und Arten

Das Konzept der Spaltung wird als *contrarius actus* zur Verschmelzung gesehen. Der Gegenakt bzw. Komplementärvorgang ermöglicht es die Rechtswirkung einer Geschäftsvereinigung wieder rückgängig zu machen.³⁰⁶ Bei der Spaltung handelt es sich um eine gesellschaftsrechtliche Maßnahme zur Übertragung von Teilen des Vermögens einer spaltenden (übertragenden) Gesellschaft auf mehrere neue oder eine bzw. mehrere bereits bestehende Gesellschaften. Die sechste gesellschaftsrechtliche RL vom 17.12.1986³⁰⁷ ist die europarechtliche Grundlage der Spaltung. Die Spaltungsrichtlinie wurde von Österreich umgesetzt und wird seit dem GesRÄG 1993 im SpaltG geregelt.³⁰⁸

Nur Kapitalgesellschaften können gem § 1 Abs 1 SpaltG ihr Vermögen nach dem SpaltG spalten. Bei der Spaltung wird zwischen der Aufspaltung (übertragende Gesellschaft geht unter) und der Abspaltung (übertragende Gesellschaft bleibt bestehen) unterschieden. Es existieren vier Arten der Spaltung: die Aufspaltung oder Abspaltung zur Neugründung und die Aufspaltung oder Abspaltung zur Aufnahme. Bei der Aufspaltung zur Neugründung wird gem § 1 Abs 2 Z 1 SpaltG eine Kapitalgesellschaft (übertragende Gesellschaft), unter Beendigung ohne Abwicklung der übertragenden Gesellschaft unter gleichzeitiger Übertragung aller ihrer Vermögensteile, wie Vermögensgegenstände, Schulden und Rechtsverhältnisse, im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf eine andere im Rahmen der Spaltung neu gegründete Kapitalgesellschaft oder auf eine übernehmende Kapitalgesellschaften (Aufspaltung zur Aufnahme), gegen Gewährung von Anteilen (Aktien oder Geschäfts-

³⁰⁶ Kalss, Verschmelzung², Vor § 1 SpaltG Rz 1.

³⁰⁷ RL 82/891/EWG, ABI L 378 vom 31.12.1982, 47 ff.

³⁰⁸ Napokoj, Gläubigerschutz bei der Spaltung in *Konecny* (Hrsg.), Insolvenz Forum 2010 (2011) 235.

anteilen) der neuen oder übernehmenden Kapitalgesellschaft an die Anteilsinhaber der übertragenden Gesellschaft, aufgespalten. Bei der Abspaltung zur Neugründung bleibt die übertragende Gesellschaft bestehen, es werden nur Vermögensteile auf ein oder mehrere im Rahmen der Spaltung neu gegründete(n) Kapitalgesellschaft(en) ausgegliedert. Bei der Abspaltung zur Aufnahme werden die Vermögensteile auf eine bereits bestehende Kapitalgesellschaft ausgegliedert. Für die Praxis relevanter sind die Abspaltung zur Neugründung und Abspaltung zur Aufnahme.³⁰⁹

3.4.3.2 Bestandschutz

Der Bestandschutz einer eingetragenen Spaltung wird in § 14 Abs 3 Satz 1 SpaltG geregelt und besagt, dass Mängel der Spaltung die Wirkungen der Eintragung gem Abs 2 unberührt lassen. Diese Regelung entspricht dem bereits vorher erwähnten § 230 Abs 2 Satz 1 AktG für die Verschmelzung. Die Wirkungen einer Spaltungseintragung ins Firmenbuch sind gem § 14 Abs 2 Z 1-4 SpaltG folgende:³¹⁰

1. Die Vermögensteile der übertragenden Gesellschaft gehen entsprechend der im Spaltungsplan vorgesehenen Zuordnung jeweils im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf die neue Gesellschaft oder die neuen Gesellschaften über (Z 1);
2. Bei der Aufspaltung erlischt die übertragende Gesellschaft; bei der Abspaltung werden die im Spaltungsplan vorgesehenen Änderungen der Satzung (des Gesellschaftsvertrags) der übertragenden Gesellschaft wirksam. Darauf ist in der Eintragung hinzuweisen (Z 2);
3. Die Anteile an den beteiligten Gesellschaften werden entsprechend dem Spaltungsplan erworben. Rechte Dritter an den Anteilen der übertragenden Gesellschaft bestehen an den an ihre Stelle tretenden Anteilen und an allfälligen baren Zuzahlungen weiter (Z 3);
4. Der Mangel der notariellen Beurkundung des Spaltungsbeschlusses wird geheilt (Z 4).

3.4.3.2.1 Mängel

Auch im Spaltungsgesetz unterscheidet das Gesetz grundsätzlich nicht nach der Schwere des Mangels. Sinn und Zweck des § 14 Abs 3 SpaltG ist es, Rechtsunsicherheiten zu vermeiden und eine faktisch kaum mehr mögliche Rückabwicklung

³⁰⁹ § 1 Abs 2 Z 2 SpaltG; *Napokoj*, Gläubigerschutz bei der Spaltung 235 f.

³¹⁰ § 14 Abs 3 Satz 1 SpaltG; § 14 Abs 2 SpaltG.

der Spaltung auszuschließen.³¹¹ Die Rückgängigmachung, durch Nichtigkeitserklärung oder amtswegige Löschung, der gesamt Spaltung kann nicht im Firmenbuch eingetragen werden und es kann auch nicht verlangt werden, dass etwa durch eine Verschmelzung der gespalteten Gesellschaften, die Spaltung ex-nunc wieder rückgängig gemacht wird. Es wird ein absoluter Bestandschutz geschaffen, welcher, wie bereits erwähnt, mit der Bestimmung der Verschmelzung gem § 230 Abs 2 AktG vergleichbar ist. § 14 Abs 3 umfasst, unabhängig von der Schwere, sämtliche Mängel des Spaltungsvorgangs, wie zB Willensmängel bei Abschluss des Spaltungsvertrages, Dissens, Unvollständigkeit oder Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot (Einlagenrückgewähr).³¹² Auch grundsätzlich unberührt wird die Wirkung der Spaltung von einem Verstoß gegen zwingende Gesetze oder gute Sitten, welche die Nichtigkeit des Vertrages nach sich ziehen würden. Auf keinen Fall darf der Bestandschutz mit der Heilung der Mängel verwechselt werden, denn Bereicherungs- und Schadenersatzansprüche können auch nach der Eintragung der Spaltung geltend gemacht werden.³¹³

3.4.3.2.2 Insolvenzanfechtung und Bestandschutz

Das Verhältnis zwischen der Insolvenzanfechtung und dem Bestandschutz einer Spaltungseintragung ist gleich zu beurteilen wie bei einer Einlagenleistung bzw Kapitalerhöhung und einer Verschmelzung. Eine Insolvenzanfechtung führt nicht zur Rückgängigmachung der Spaltung. Das Erfordernis der Gläubigerbenachteiligung ist essentiell für einen insolvenzrechtlichen Anfechtungstatbestand. Spaltung- und Anfechtungsrecht greifen ineinander, wenn ein Gesellschafter durch den Spaltungsvorgang benachteiligt wird und somit kann der Insolvenzverwalter eines Gesellschafters anfechten. Der Bestandschutz des § 14 Abs 3 SpaltG hindert die Insolvenzanfechtung nicht absolut.³¹⁴ Die Anfechtung hat keine Auswirkung auf den Spaltungsvorgang an sich und es führt somit nicht, wie bereits erwähnt, zu einer Rückgängigmachung. Im Grunde genommen kommt es hier auch, wie schon bei der Einlagenleistung, Kapitalerhöhung und der Verschmelzung, zu keinem Konflikt

³¹¹ *Diregger* in *Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), AktG II § 195 Rz 113 mwN.

³¹² *Kalss*, Verschmelzung² § 230 AktG Rz 14; *Napokoj*, Bestandschutz eingetragener Verschmelzungen, GeS 2007, 231.

³¹³ *Napokoj*, Gläubigerschutz bei der Spaltung 248; *dies*, Praxishandbuch Spaltung (2008) 109.

³¹⁴ *Kalss*, Verschmelzung² § 230 AktG Rz 15.

zwischen der Insolvenzanfechtung und dem Bestandschutz, was bereits näher im Kapitel 4.3.2 erläutert wurde.³¹⁵

3.4.3.3 Gläubigerschutz und Kapitalerhaltung

Durch den Grundsatz der Zuordnungsautonomie, wonach Verträge, Verbindlichkeiten und Forderungen im Spaltungsplan bzw Spaltungs- und Übernahmevertrag privatautonom der einen oder anderen Gesellschaft zugeordnet werden können, und dem Grundsatz der Gesamtrechtsnachfolge, herrscht bei der Spaltung eine sehr große Gestaltungsautonomie. Diese „Freiheiten“ sind verantwortlich für ein ebenso großes Gefahrenpotential für die Gläubiger der beteiligten Gesellschaften. Der Gläubigerschutz ist somit auch bei der Spaltung ein sehr wichtiges und umfangreiches Gebiet. Um die Gläubiger zu schützen sieht das Gesetz weitreichende Informationspflichten und Haftungsregelungen zu Gunsten der Gläubiger und Vertragspartner vor. Zu den Informationspflichten gehören beispielsweise das ex ante Einsichtsrecht nach § 7 SpaltG und das ex-post Recht auf Auskunftserteilung nach § 16 SpaltG. Noch viel wichtiger als die verschiedenen Informationspflichten sind wohl die vorgeschriebenen Prüfungen des Spaltungsgesetzes, wie die Restvermögens- und Gründungsprüfung sowie die Prüfung der Einhaltung des Summengrundsatzes. Ein weiterer wichtiger Bestandteil des Gläubigerschutzes bei Spaltung ist die Haftung der beteiligten Gesellschaften nach § 15 SpaltG.³¹⁶

3.4.3.3.1 Gläubiger der übertragenden Gesellschaft

Gläubiger, die nach der Vermögensübertragung bei der Gesellschaft verbleiben und das Vertragsverhältnis fortsetzen, stehen durch die Spaltung einer vermögensmäßig geminderten Gesellschaft gegenüber. Da die übertragende Gesellschaft im Weg der Abspaltung keinen Wertausgleich für den Vermögensabgang bekommt, erlaubt das SpaltG, der übertragenden Gesellschaft, ohne Gegenleistung, Vermögen zu entziehen. Vielmehr bekommen die Anteilseigner der übertragenden Gesellschaft die Gegenleistung, ohne damit gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr zu verstoßen, da es im SpaltG ausdrücklich zugelassen wird.³¹⁷ Für

³¹⁵ *Napokoj*, Gläubigerschutz bei der Spaltung 249; *Kalss/Eckert*, Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht 88.

³¹⁶ *Napokoj*, Gläubigerschutz bei der Spaltung 238 f; *Kalss*, Verschmelzung² § 15 SpaltG Rz 19 ff.

³¹⁷ *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung bei AG, GmbH sowie GmbH & Co KG (2004) 325; *Mühllehner*, Verbotene Einlagenrückgewähr bei Spaltungen zur Aufnahme, RdW 1998, 40; *Karollus/Lauss/Kutos*, SWK 8/2000, W24.

die verbleibenden Gläubiger besteht die Gefahr, dass nach Eintragung der Spaltung der Haftungsfonds bzw das Vermögen des Vertragspartner nicht mehr groß genug ist. Um diesen Risiken entgegenzuwirken gibt es gem dem SpaltG verschiedene Maßnahmen.³¹⁸

Eine Maßnahme bei der Abspaltung ist die Restvermögensprüfung gem § 3 Abs 3 SpaltG mit der zu prüfen ist, ob der tatsächliche Wert des verbliebenen Nettoaktivvermögens der übertragenden Gesellschaft wenigstens der Höhe ihres Nennkapitals zuzüglich gebundener Rücklagen nach Durchführung der Spaltung entspricht. Die aktienrechtliche Bestimmungen über die Gründungsprüfung sind sinngemäß anzuwenden. Es ist eine Kapitalherabsetzung nach den Bestimmungen des GmbHG und AktG durchzuführen, wenn der Wert nicht der richtigen Höhe entspricht.³¹⁹

Eine weitere Maßnahme zum Ausgleich des Risikos der Gläubiger ist der Summengrundsatz bei der Spaltung zur Neugründung, welcher sicherstellen soll, dass die Spaltung nicht zur Ausschüttung des gebundenen Kapitals führt.³²⁰ Der Grundsatz kann nur mit einer ordentlichen Kapitalherabsetzung umgangen werden. Gem § 3 Abs 1 SpaltG muss die Summe der Nennkapitalien der an der Spaltung beteiligten Gesellschaften mindestens die Höhe des Nennkapitals der übertragenden Gesellschaft vor der Spaltung erreichen und die Summe der gebundenen Rücklagen der an der Spaltung beteiligten Gesellschaften mindestens die Höhe der gebundenen Rücklagen der übertragenden Gesellschaft vor der Spaltung. Das Nennkapital und die gebundenen Rücklagen bleiben "in Summe" in ihrer Funktion als Ausschüttungssperre erhalten.³²¹ Es wird verhindert, dass der Zugriff den Gläubigern entzogen wird.³²²

Noch eine weitere wesentliche Bestimmung des Gläubigerschutzes ist die Haftung nach § 15 SpaltG, welche sicherstellen soll, dass den Gläubigern der übertragenden Gesellschaft genau der Haftungsfonds zu Verfügung steht, der ihnen vor Eintragung der Spaltung zur Verfügung stand.³²³ § 15 Abs 1 SpaltG ordnet für Verbind-

³¹⁸ *Napokoj*, Gläubigerschutz bei der Spaltung 239.

³¹⁹ § 3 Abs 4 SpaltG; *Kalss*, Verschmelzung² § 3 SpaltG Rz 46 mwN.

³²⁰ *Kalss*, Verschmelzung² § 3 SpaltG Rz 4 mwN.

³²¹ *Napokoj*, Praxishandbuch Spaltung, 91.

³²² *Napokoj*, Gläubigerschutz bei der Spaltung, 240; *Kalss*, Verschmelzung² § 3 SpaltG Rz 9 mwN.

³²³ *Kalss*, Verschmelzung² § 15 SpaltG Rz 19.

lichkeiten, die bis zur Eintragung der Spaltung begründet wurden, eine solidarische Haftung aller an der Spaltung beteiligten Gesellschaften an³²⁴ und soll für die Gläubiger im Gesamten erhalten bleiben. § 15 SpaltG stellt sicher, dass nicht nur das gesamte Vermögen im Spaltungskreis erhalten bleibt (§ 3 SpaltG), sondern den Gläubigern auch das gesamte rechnerische Vermögen der übertragenden Gesellschaft als Haftungsfonds zur Verfügung steht.³²⁵ Im Fall einer Sicherheitsleistung entfällt die Haftung für die betreffende Verbindlichkeit. Die an der Spaltung beteiligten Gesellschaften haften betraglich unbeschränkt, wenn nach den Regeln des § 15 Abs und § 3 SpaltG eine vereinbarte Sicherheit nicht bestellt oder kein Einvernehmen über die Sicherheitsleistung erzielt wurde.³²⁶

3.4.3.3.2 (Neu-)Gläubiger der übernehmenden Gesellschaft

Auch auf der Seite der übernehmenden Gesellschaft kann es für die Gläubiger durch eine Spaltung zu einer Schlechterstellung kommen. Es ist möglich, dass auch bei der Übertragung von einem positiven Vermögen auf die übernehmende Gesellschaft, diese eine geminderte Bonität aufweist oder trotzdem sanierungsbedürftig ist. Die Gläubiger der ehemals gesunden Gesellschaft müssen daher auch durch verschiedene Maßnahmen geschützt werden. Die bereits erwähnten Maßnahmen der Prüfung des Summengrundsatzes sowie der Gläubigerschutz nach § 15 SpaltG sind auch für die Gläubiger von der übernehmenden Gesellschaft relevant.³²⁷

Ein anderer Schutzmechanismus ist die Gründungsprüfung bei der Spaltung zur Neugründung sowie der Spaltung zur Aufnahme mit Kapitalerhöhung. Als *lex specialis* verdrängt die Sonderbestimmung des § 3 Abs 3 SpaltG die §§ 6a GmbHG und 25 ff AktG. Der Fokus der Gründungsprüfung liegt auf der Kontrolle der spaltungsrechtlichen Kapitalerhaltung und der aktienrechtlichen Kapitalaufbringung.³²⁸

3.4.3.3.3 Besonderheit (Alt-)Gläubiger der übernehmenden Gesellschaft

Grundsätzlich sind alle bereits erwähnten Schutzmaßnahmen auch für die Alt-Gläubiger der übernehmenden Gesellschaft relevant, jedoch besteht ein Problem im Zusammenhang mit der Spaltungshaftung nach § 15 SpaltG. Nach der gesetzli-

³²⁴ *Jud*, Haftung nach § 15 Abs 1 SpaltG im Konkurs der Hauptschuldnerin, NZ 2003/47.

³²⁵ *Kalss*, Verschmelzung² § 3 SpaltG Rz 4; *Napokoj*, Gläubigerschutz bei der Spaltung 243.

³²⁶ *Mühllehner*, RdW 1998, 40.

³²⁷ *Napokoj*, Gläubigerschutz bei der Spaltung 244.

³²⁸ *Kalss*, Verschmelzung² § 3 SpaltG Rz 36 f; *Napokoj*, Gläubigerschutz bei der Spaltung 244f.

chen Bestimmung können nur Gläubiger der übertragenden Gesellschaft, die entweder bei der übertragenden Gesellschaft verbleiben oder auf die übernehmende Gesellschaft übertragen werden, die Spaltungshaftung anwenden. Den Gläubigern steht nur der Sicherstellungsanspruch nach § 226 AktG zu.³²⁹

3.4.3.4 Einlagenrückgewähr

Auch bei der Spaltung gilt es, wie bei der Verschmelzung, den allgemeinen Kapitalerhaltungsgrundsätzen Rechnung zu tragen und keine Verletzung des Verbots der Einlagenrückgewähr zu verursachen. Die Spaltung darf nicht dazu führen, dass zuvor gebundenes, nicht ausschüttbares Vermögen nach dem Spaltungsvorgang an die Gesellschafter ausgeschüttet werden kann. Die Haftung der spaltungsbeteiligten Gesellschaften gem § 15 Abs 1 SpaltG und der Sicherstellungsanspruch nach § 15 Abs 2 SpaltG würde den Gläubigern nicht helfen, wenn das Vermögen durch Ausschüttungen aus dem Spaltungskreis der beteiligten Gesellschaften heraustransferiert werden kann.³³⁰

Ein Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr könnte beispielsweise dann vorliegen, wenn bei der Spaltung zur Neugründung ein Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft anlässlich der Neugründung keine oder keine wertadäquaten Anteile an den neuen aus der Gesellschaft hervorgehenden Gesellschaften zugeteilt erhält oder er auch zu Gunsten seiner unmittel- bzw mittelbaren Gesellschafter benachteiligt wird. Auch bei der Spaltung zur Aufnahme könnte bezgl keiner oder keiner wertadäquaten Anteile solch ein Problem entstehen.³³¹

Im Gegensatz zur Spaltung zur Neugründung, wo gem § 3 Abs 3 und 4 SpaltG explizit die Übertragung eines positiven Vermögens verlangt wird,³³² kommen für die Spaltung zur Aufnahme gem § 17 Abs 5 SpaltG die aktienrechtlichen Bestimmungen der Verschmelzung für die übernehmende Gesellschaft sinngemäß zur Anwendung. *Napokoj* ist daher der Ansicht, dass somit auch die Jud und Lit, betreffend des Verbots der Einlagenrückgewähr bei einer Verschmelzung, auf den Spaltungsvorgang anwendbar ist.³³³ Nach der Judikatur ist, wie schon erwähnt, eine Down-Stream Verschmelzung nur zulässig, wenn die beteiligten Gesellschaften

³²⁹ *Napokoj*, Gläubigerschutz bei der Spaltung 247.

³³⁰ *Kalss/Eckert*, GesRZ 2008, 88.

³³¹ *Reich-Rohrwig*, Kapitalerhaltung 331.

³³² OGH 6 Ob 235/07p.

³³³ *Napokoj*, Spaltung 105 mwN; dies in *Konecny*, Gläubigerschutz bei der Spaltung 245f.

einen positiven Verkehrswert aufweisen.³³⁴ Das Erfordernis gilt auch für die Spaltung zur Aufnahme, was bedeutet, dass auch das übertragungsgegenständliche Vermögen bei der Down-Stream Spaltung einen positiven Verkehrswert haben muss.³³⁵

Napokoj ist der Meinung, dass sich aus der aktuelleren Judikatur ein neuer Trend erkennen lässt in Richtung einer Überschuldungserfordernis. So hat der OGH entschieden, dass die Verschmelzung unzulässig ist, wenn die aus der Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft (fusionierte Gesellschaft) überschuldet ist bzw die unmittelbare Insolvenzgefahr nachhaltig steigt.³³⁶ Der OLG Wien hat auch in seiner Judikatur das unbedingte Erfordernis eines positiven Verkehrswertes bei der übertragenden Gesellschaft (Verschmelzung) verneint.³³⁷ Der OGH formulierte auch ausdrücklich, dass es keinen Grundsatz des Verbots der Übertragung von negativem Vermögen gibt³³⁸ und die Anwendung des Gebots offen ist.³³⁹ Der neue Trend bewegt die Tendenz seines Erachtens weg von einem unabdingbaren Gebot eines positiven übertragungsgegenständlichen Vermögens und dafür hin zu dem Erfordernis einer nicht überschuldeten Gesellschaft. Diese Erkenntnis umgelegt auf die Spaltung bedeutet, dass die übernehmende Gesellschaft, welche der fusionierten Gesellschaft bei der Verschmelzung entspricht, nicht überschuldet sein darf und auch die Insolvenzgefahr der Gesellschaft nachhaltig nicht steigen darf.³⁴⁰

Auch bei der Schwesternspaltung muss, wie bei der Schwesternverschmelzung, grundsätzlich ein positiver Verkehrswert übertragen werden. Die Übertragung eines negativen Verkehrswertes kann jedoch auch bei der Spaltung durch besondere Umstände oder begleitende Maßnahmen zulässig sein und so einen Konflikt mit dem Verbot der Einlagenrückgewähr vermeiden. Die Maßnahmen bzw besonderen Umstände welche gesetzt werden müssen, wurden schon bei der Side-Stream Verschmelzung erwähnt und können auf die Spaltung analog umgelegt werden.³⁴¹

³³⁴ OGH 6 Ob 4/99b.

³³⁵ *Napokoj*, Gläubigerschutz bei der Spaltung 245 f; *Reich-Rohrwig*, Kapitalerhaltung 332 f.

³³⁶ OGH 6 Ob 70/03t.

³³⁷ OLG Wien 28 R 111/04f; 28 R 112/04b.

³³⁸ OGH 6 Ob 236/07k.

³³⁹ OGH 6 Ob 70/03t, 6 Ob 165/04i.

³⁴⁰ *Napokoj*, Gläubigerschutz bei der Spaltung 246.

³⁴¹ *Napokoj*, Gläubigerschutz bei der Spaltung 246.

3.4.3.5 Anfechtung auf Gesellschafterebene

Kalss und *Eckert* sind der Ansicht, dass der Spaltungsvorgang auf Gesellschafterebene anfechtungsrechtlich ähnlich zu behandeln ist wie die Verschmelzung. Es kann zu einer Benachteiligung von einzelnen Gesellschaftern und somit auch zur Benachteiligung deren Gläubiger führen, wenn es zu einem Umtausch von Beteiligungsrechten (Spaltung zu Aufnahme) oder zur Neufestsetzung bestehender Beteiligungsverhältnisse (nicht verhältnismäßiger Spaltung) kommt. Bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen könnte es durch Anfechtung auf Gesellschafterebene ausgeglichen werden, jedoch bestehen auch hier Bedenken wie bei der Einlageleistung bzw Kapitalerhöhung und Verschmelzung zuvor.³⁴²

Nachfolgend wird ein Beispiel von *Rebernic* und *Schmidsberger* gezeigt, wie es zu einer Gläubigerbenachteiligung kommen kann.

Sachverhalt: A ist alleiniger Gesellschafter der A-GmbH und B ist alleiniger Gesellschafter der B-GmbH mit einem Stammkapital von jeweils 35.000 €. Das Vermögen der A-GmbH wird zur Aufnahme an die B-GmbH abgespalten. A erhält als Gegenleistung Anteile an der B-GmbH. Der Verkehrswert von A beträgt vor der Spaltung 250.000 € und nach der Spaltung 50.000 € bzw der Verkehrswert von B nach der Spaltung 300.000 €. Der Wert der Anteile, die A erhält ist niedriger als der Wert des spaltungsgegenständlichen Vermögens. Über A wird das Insolvenzverfahren eröffnet.

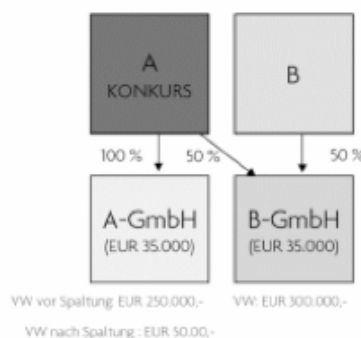


Abbildung 5: Spaltung Gesellschafterebene

(Quelle: Rebernic/Schmidsberger, GeS 2009, 182.)

Das Problem liegt hier bei dem niedrigeren Haftungsfonds für die Gläubiger von A, denn vor der Spaltung betrug der Haftungsfonds 250.000 € und nach der Spaltung

³⁴² *Kalss/Eckert*, Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht 87 f.

nur mehr 50.000 € plus 50 % der Anteile an der B-GmbH mit einem VW von 150.000 €. Somit steht ihnen insgesamt nur ein Haftungsfonds von 200.000 € zur Verfügung, was eine Gläubigerbenachteiligung von 50.000 € bedeutet. Die Anfechtung des Insolvenzverwalters von A erfolgt hier – wie bei der Verschmelzung - gegenüber der übernehmenden Gesellschaft B.³⁴³

3.4.3.6 Anfechtung auf Gesellschaftsebene

Die nächste Frage die sich stellt ist, ob die Spaltung auf Gesellschaftsebene auch zum Gegenstand einer Anfechtung gemacht werden kann. Die Spaltung, wie bereits vorher erwähnt, führt zu einer Verringerung des Vermögens der übertragenden Gesellschaft und damit normalerweise zu einer Benachteiligung der Gläubiger.³⁴⁴

Kalss und Eckert sind der Meinung, dass durch das viel komplexere Konstrukt einer Spaltung - im Vergleich zur Verschmelzung - die Anfechtung durch Gläubiger der Gesellschaft denkbar ist. Die Probleme mit dem Bestandschutz sowie mit der Kapitalerhaltung lassen sich ähnlich lösen, wie bei der Verschmelzung, aber anders sieht es bei der Beurteilung der gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzregelungen aus. Durch das deutliche und umfangreichere Zuschneiden auf die spezifischen Vermögensverschiebungen ist die Spaltung in dieser Hinsicht differenziert zu betrachten. „Die Bezugnahme auf das Nettoaktivvermögen und die damit einhergehende Zuordnung der Haftung zeigen die Vorwegnahme der Interessensabwägung zwischen beteiligten Gesellschaften und außenstehenden Gläubigern, sodass sich sachlich gerechtfertigt argumentieren lässt, dass eben diese Regelungen abschließend sind und das Anfechtungsrecht tatsächlich verdrängen.“ Der wesentliche Zweck, die Möglichkeit einer rechtssicheren Trennung, würde durch Anfechtung einer Spaltung konterkariert werden. Eine Anfechtung würde auch das auf gesellschaftlicher Ebene sorgfältig austarierte Gleichgewicht stören, welches durch den Gläubigerschutz hinsichtlich der Abwägung der Gläubigerinteressen und der beteiligten Gesellschaften geschaffen wird. Kalss und Eckert kommen zum Ergebnis, „dass eine Anfechtung der Spaltung mit dem Ziel, dass gespaltenes bzw zugeordnetes Vermögen außerhalb der Voraussetzungen gem § 15 SpaltG zur Abdeckung

³⁴³ Rebernik/Schmidsberger, Ges 2009, 189; Rebernik/Schmiedsberger, Insolvenz Forum 2008, 223f.

³⁴⁴ Kalss/Eckert, Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht 88.

für eine einer anderen spaltungsbeteiligten Gesellschaft zugeordnete Verbindlichkeit herangezogen wird, ausgeschlossen ist.“³⁴⁵

Zu einem anderen Ergebnis kommen *Rebernick* und *Schmidsberger*, wie es aus den folgenden Beispielen (speziell Variante 2) ersichtlich ist.

3.4.3.6.1 Beispiel – Variante 1 / negatives Vermögen

Die gesamten Beispiele wurden wieder von *Rebernick* und *Schmidsberger* entnommen.

Sachverhalt: A ist alleiniger Gesellschafter der A-GmbH und der B-GmbH. Das Vermögen der A-GmbH wird zur Aufnahme in die B-GmbH abgespalten.

Variante 1: Es wird ein negativer Vermögenswert durch die Spaltung übertragen und somit die Gläubiger der übernehmenden Gesellschaft geschädigt. Das Insolvenzverfahren wird über das Vermögen der B-GmbH eröffnet.

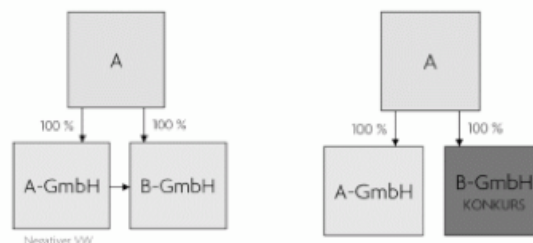


Abbildung 6: Spaltung Gesellschaftsebene - Variante 1

(Quelle: Rebernick/Schmidsberger, GeS 2009, 189.)

Wie schon erwähnt, lassen Mängel der Spaltung die Wirkung der Firmenbucheintragung gem § 14 Abs 3 Satz 1 SpaltG unberührt, jedoch werden nur umgründungsrechtliche Mängel von dieser Regelung umfasst und keine insolvenzrechtlichen Anfechtungen iSd §§ 27 ff IO. Der spaltungsrechtliche Bestandschutz der Eintragung steht somit nicht im Konflikt mit einer Anfechtung und auch der in § 15 Abs 2 SpaltG gewährte Sicherstellungsanspruch der Gläubiger ist keine Hinderung. Auf der einen Seite werden durch die Anfechtung auch künftige Gläubiger geschützt, welche einen Sicherstellungsanspruch noch gar nicht geltend gemacht haben und auf der anderen Seite stellen die Sicherstellungsansprüche bei Umgründungsmaß-

³⁴⁵ Ebd.

nahmen keine abschließende Regelung für den Gläubigerschutz dar.³⁴⁶ Es kommt daher zu keinem Ausschluss der Anfechtung durch den Sicherstellungsanspruch.³⁴⁷

Ein nachteiliges Rechtsgeschäft und eine Benachteiligung der Gläubiger der übernehmenden Gesellschaft ist hier klar erkennbar. Die Anfechtung der Unterfertigung des Spaltungs- und Übernahmungsvertrages durch den Insolvenzverwalter sollte daher auf die Tatbestände gem §§ 28, 31 Abs 1 Z 2 IO gestützt werden. Ein Problem stellt sich bei der fehlenden rückforderbaren Gegenleistung der Masse, da das Vermögen bei der Spaltung auf der Ebene der Gesellschaften unentgeltlich übertragen wurde. Die Haftungsfreistellung der Masse kann hier nur das Ziel der Anfechtung sein. Die Rsp hat für den vergleichbaren Fall der Schuldübernahme die Feststellung der Unwirksamkeit der Schuldübernahme zwecks Begründung eines Regressanspruchs der Masse als zulässig erachtet.³⁴⁸ Laut *Rebernig* und *Schmidsberger* „scheint hier die Anwendung des beim nachteiligen Rechtsgeschäft nach § 31 Abs 1 Z 2 IO bereits praxiserprobten Quotenvergleichs besser im Ergebnis zu sein: Demnach hätte die A-GmbH als Anfechtungsgegnerin jenen Betrag zugunsten der Masse sicherzustellen³⁴⁹ oder in die Masse zu leisten (unbedingte Haftung), der nötig ist, um den Gläubigern der Gesellschaft die Quote ausschütten zu können, die ihnen ohne die Übernahme des negativen Vermögens zugekommen wäre.“³⁵⁰

3.4.3.6.2 Beispiel – Variante 2 / positives Vermögen

Der Grundsachverhalt ist gleich wie bei dem vorherigen Beispiel, jedoch ist nun der Wert des spaltungsgegenständlichen Vermögens positiv und diesmal wird über die A-GmbH (übertragende Gesellschaft) das Insolvenzverfahren eröffnet.

³⁴⁶ OGH 6 Ob 165/04i = ecolex 2005/58.

³⁴⁷ *Rebernig/Schmidsberger*, Ges 2009, 190; *Rebernig/Schmiedsberger*, Insolvenz Forum 2008, 225f.

³⁴⁸ OGH 7 Ob 652/85 = JBI 1986, 323.

³⁴⁹ Ebda.

³⁵⁰ *Rebernig/Schmidsberger*, Ges 2009, 190; *Rebernig/Schmiedsberger*, Insolvenz Forum 2008, 226f.

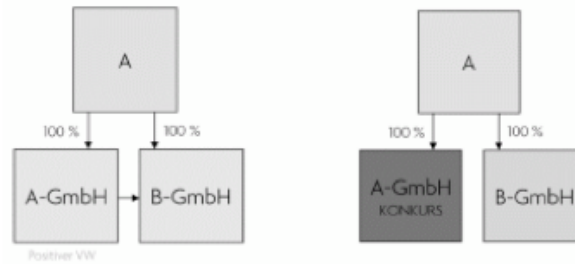


Abbildung 7: Spaltung Gesellschaftsebene - Variante 2

(Quelle: Rebernick/Schmidsberger, GeS 2009, 190.)

Dieses Szenario ist das Paradebeispiel für eine Vermögenübertragung mit Benachteiligungsabsicht. Es wird versucht, das positive Vermögen durch eine Spaltung zu übertragen und übrig bleibt eine insolvenzfähige A-GmbH. Hier kommt die gesetzliche Regelung des § 15 Abs 1 SpaltG zum Einsatz, wodurch die B-GmbH für die bis zur Eintragung der Spaltung begründeten Verbindlichkeiten der A-GmbH (übertragende Gesellschaft) bis zur Höhe des übernommenen Nettoaktivvermögens haftet. Grundsätzlich haftet die B-GmbH somit ohnedies und es besteht kein Bedürfnis für eine Anfechtung, jedoch schützt die Anfechtung auch zukünftige Gläubiger, welche durch § 15 Abs 1 SpaltG nicht geschützt sind. Für den Anfechtungsanspruch existiert auch keine Begrenzung der Haftung auf den Wert des übernommenen Nettoaktivvermögens. Zusammengefasst wäre eine durch Benachteiligungsabsicht erfolgte Vermögensübertragung außerhalb des Umgründungsrechts anfechtbar, aber im Wege des Spaltungsrechts unanfechtbar. *Rebernick* und *Schmidsberger* sind der Meinung, dass schon diese Überlegungen grundsätzlich für eine Anfechtung sprechen. Gegen den Einwand der Anfechtungszulässigkeit, dass die Haftung laut § 15 Abs 1 begrenzt ist und als eine *lex specialis* zu Gunsten der Übernehmerin zu sehen ist,³⁵¹ sind sie der Ansicht, „*dass die Regelung primär die Gläubiger der Überträgerin schützen soll und eine doppelte Inanspruchnahme der Übernehmerin dort nicht zu befürchten ist, wo man die Haftungsansprüche des § 15 Abs 1 SpaltG dem Insolvenzverwalter zur Durchsetzung zuweist.*“ Das OLG Linz hat dies in seiner Entscheidung vom 20.12.2006³⁵² bereits getan. Falls es zu einer Konkurrenz von Altverbindlichkeiten und Anfechtungsansprüchen kommt, reduziert der Wert des an die Masse im Wege der Anfechtung zurückzustellenden Vermögens die Haftung der Übernehmerin nach § 15 Abs 1 SpaltG. *Rebernick* und *Schmidsberger* kommen

³⁵¹ *Kalss/Eckert*, Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht 88.

³⁵² OLG Linz 6 R 208/06k RIS-Justiz RS0000066.

somit zu dem Ergebnis, dass eine Anfechtung grundsätzlich nicht durch die Haftungsbeschränkung des § 15 Abs SpaltG ausgeschlossen wird.³⁵³

3.4.4 Einbringung

3.4.4.1 Einleitung und Grundlagen

Auch bei dem Umgründungsvorgang der Einbringung kann es zu einem Problem mit der Kapitalerhaltung kommen und zugleich zu einem Konflikt mit dem Anfechtungsrecht. Es stellt sich, vor allem im Zusammenhang mit Konzernsanierungen und Konzernreorganisationen die Frage, wie die Einbringung eines negativen Verkehrswertes zu beurteilen ist.³⁵⁴

Eine Einbringung gem § 12 Abs 1 UmgrStG liegt vor, wenn Vermögen auf Grundlage eines schriftlichen Einbringungsvertrages (Sacheinlagevertrages) und einer Einbringungsbilanz auf eine Kapitalgesellschaft gegen Gewährung von neuen Anteilen übertragen gem § 19 UmgrStG übertragen wird. Es wird vorausgesetzt, dass das Vermögen am Einbringungsstichtag, jedenfalls aber am Tag es Abschlusses des Einbringungsvertrages, für sich allein einen positiven Verkehrswert besitzt. Ein Gutachten eines Sachverständigers hat, bei vorliegenden Zweifeln, die Höhe des Verkehrswertes nachzuweisen.³⁵⁵

Das gesellschaftsrechtliche Begriffsverständnis lehnt sich, da keine eigene Legaldefinition der Einbringung im Gesellschaftsrecht existiert, an den umgründungsrechtlichen Terminus der Einbringung an.³⁵⁶ Das Gesellschaftsrecht enthält für die Einbringung, im Gegensatz zur Verschmelzung, Spaltung und auch Umwandlung, keine Spezialbestimmungen, was bedeutet, dass daher die Bestimmungen über die Sacheinlage zur Anwendung kommen (§§ 20 ff AktG und §§ 6 ff GmbHG). Die Einbringung erfolgt somit durch eine Sachgründung, einer Sacheinlage mit Kapitalerhöhung oder einer Sacheinlage ohne Kapitalerhöhung (mit oder ohne Anteilsge-

³⁵³ *Rebernig/Schmidsberger*, Ges 2009, 190f; *Rebernig/Schmiedsberger*, Insolvenz Forum 2008, 227f.

³⁵⁴ *Steinhart*, Die Einbringung von negativen Gesellschaftsanteilen aus kapitalerhaltungsrechtlicher Sicht, RdW 2011, 119.

³⁵⁵ § 12 Abs 1 UmgrStG

³⁵⁶ *Schimpl*, Kapitalerhaltung und Gewinnausschüttung bei Einbringung (2011) 17 mwN.

währung).³⁵⁷ Das österreichische Recht sieht für die Einbringung grundsätzlich nach wie vor keine Gesamtrechtsnachfolge vor.³⁵⁸

3.4.4.2 Kapitalerhaltung

Die Kapitalerhaltungsregeln sind bei der Einbringung insbesondere hinsichtlich der angemessenen Gegenleistung sowie in Bezug auf den, durch das umgründungssteuerrechtliche zwingende Erfordernis, positiven Verkehrswert des zu übertragenden Vermögens zu beachten. Auf beide Kriterien wird nachfolgend kurz näher eingegangen.³⁵⁹

3.4.4.2.1 Angemessene Gegenleistung

Sowohl side-, up- und down-stream Einbringungen können bei den Kapitalerhaltungsregeln zu Problemen führen, wenn die einbringende Gesellschaft keine bzw. keine ausreichende Gegenleistung für das eingebrachte Vermögen erhält. Das Verhältnis zwischen dem eingebrachten Vermögen und der Gegenleistung ist unverhältnismäßig. Somit liegt keine angemessene bzw. ausreichende Gegenleistung vor, wenn beispielsweise bei einer Einbringung mit Kapitalerhöhung die gewährten Anteile an der übernehmenden Gesellschaft nicht dem Wert des eingebrachten Vermögens entsprechen.³⁶⁰ Eine Ausnahme ist die Down-stream Einbringung in die zu 100 % im unmittelbaren oder mittelbaren Eigentum der Obergesellschaft stehende Untergesellschaft, denn hier kommt es nur zu einer Verschiebung des Vermögens, was durch eine entsprechende Erhöhung der Beteiligung ausgeglichen wird.³⁶¹ Die Down-Stream Einbringung stellt somit keine verbotene Einlagenrückgewähr dar, weil die unentgeltliche Zuwendung an die Tochter deren Beteiligungswert entsprechend erhöht.³⁶²

Manche Konstellationen der Einbringung benötigen neutralisierende Maßnahmen, um einem kapitalerhaltungsrechtlichen Verstoß vorzubeugen, so zB auch bei einer Anteilsgewährung an die einbringende Tochtergesellschaft (up-stream Einbringung). In solchen Szenarien kann es zu Problemen mit der Zeichnung eigener Ak-

³⁵⁷ *Steinhart*, RdW 2011, 119; *Gründwald* in *Helbich/Wiesner/Bruckner* (Hrsg.), Handbuch der Umgründungen (2009) Art III Einbringung – Handelsrecht Rz 3.

³⁵⁸ *Kalss/Eckert*, GesRz 2008, 90.

³⁵⁹ *Steinhart*, RdW 2011, 120.

³⁶⁰ OGH 6 Ob 288/99t, wbl 2000/221 = *ecolex* 2000/208.

³⁶¹ *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), AktG I § 52 Rz 99; *Steinhart*, RdW 2011, 120.

³⁶² OGH 6 Ob 5/01f RdW 2001, 595 = *ecolex* 2002, 26; *Kodek*, Einlagenrückgewähr – ausgewählte neuere Judikatur in *Konecny* (Hrsg.), Insolvenz Forum 2010 (2011), 193.

ten iSd § 51 Abs 2 AktG oder zum Entstehen von wechselseitigen Beziehungen gem §§ 65 ff AktG und § 81 GmbHG kommen.³⁶³

Zu den neutralisierenden Maßnahmen gehören etwa, die Verknüpfung der Einbringung mit einer Gesellschaftereinlage bzw Leistung eines Zuschusses, eine Kapitalherabsetzung oder eine Sachdividendenausschüttung bei der einbringenden Gesellschaft. Es ist nicht ausreichend den Buchwertabgang auszugleichen, sondern die Maßnahme muss dem tatsächlichen Wert des Vermögensabganges entsprechen.³⁶⁴

3.4.4.2.2 Positiver Verkehrswert nach Gesellschafts-/Kapitalerhaltungsrecht

Bereits aus dem Verbot der Unter-pari-Emission ergibt sich gesellschaftsrechtlich, bei der Einbringung im Wege der Sachgründung oder einer Sacheinlage mit Kapitalerhöhung, das Erfordernis eines positiven Verkehrswertes.³⁶⁵ Aus der Sicht der Kapitalerhaltung sind down- und side-stream Einbringungen von Vermögen mit einem negativen Verkehrswert unzulässig. Es kommt zu einer Verringerung des Haftungsfonds der Gläubiger der übernehmenden Gesellschaft zugunsten eines Gesellschafters, wenn ein negativer Verkehrswert, ohne eine neutralisierende Maßnahme, übertragen wird. Auch bei der Einbringung ist auf die von der Literatur geführten Diskussionen, hinsichtlich der Übertragung eines zwingenden positiven Verkehrswertes, hinzuweisen (speziell bei der Verschmelzung). Der OGH hat in einer Entscheidung darauf hingewiesen, dass es keinen allgemeinen Grundsatz im handelsrechtlichen Umgründungsrecht gibt, welcher aussagt, dass überschuldete Gesellschaften nicht übertragen oder eingebracht werden können und somit die zwingende Erfordernis eines positiven Verkehrswertes in jeder Umgründungskonstellation verneint.³⁶⁶

³⁶³ Siehe Beispiel 8 in *Reich-Rohrwig*, Kapitalerhaltung 226; *Steinhart*, RdW 2011, 120.

³⁶⁴ Siehe Beispiel 8 in *Reich-Rohrwig*, Kapitalerhaltung 226; *Steinhart*, RdW 2011, 120 mwN; *Hügel*, OLG Wien zur Einlagenrückgewähr und Kapitalaufbringung bei Umgründungen, RdW 1197, 580.

³⁶⁵ *Walter*, Umgründungssteuerrecht⁷ (2008) Rz 350.

³⁶⁶ OGH 6 Ob 235/07p ecolex 2008, 243 ff mit Anm (*Karollus*); *Steinhart*, RdW 2011, 120 mwN.

3.4.5 Vorrangfrage zwischen Kapitalerhaltungsrecht und Anfechtungsrecht bei Umgründungsvorgängen

Wie schon erwähnt wurde von der Rspr noch immer nicht bindend entschieden, ob und unter welchen Voraussetzungen Umgründungsvorgänge angefochten werden können. Die Entscheidung des OGH bezüglich dem Spannungsverhältnis zwischen dem Kapitalerhaltungsgrundsatz und den Anfechtungsansprüchen bei einer Einlagenleistung bzw Kapitalerhöhung kann aber auch als Ausgangspunkt für Überlegungen hinsichtlich Umgründungstatbeständen dienen.³⁶⁷

So ist *Karollus* der Ansicht, dass „ausgehend von der Prämisse des Vorrangs der Insolvenzanfechtung vor gesellschaftsrechtlichen Hindernissen auch für Umgründungsmaßnahmen, ungeachtet der in § 230 Abs 2 Satz 1 AktG, § 14 Abs 3 Satz 1 SpaltG und § 2 Abs 3 UmwG (iVm § 230 AktG) angeordneten „endgültigen Wirksamkeit“ der im Firmenbuch eingetragenen Maßnahme, kein Bestandschutz gegenüber einer Insolvenzanfechtung anzuerkennen sein wird.“ Die nachträgliche Rückgängigmachung durch eine Insolvenzanfechtung wird somit auch auf eine Verschmelzung oder Spaltung, bei der eine Gesellschaft in Benachteiligungsabsicht oder in statu cridae Vermögen auf eine andere Gesellschaft übertragen hat und alle Anfechtungsvoraussetzungen nach einem bestimmten Tatbestand, wie beispielsweise § 31 IO, erfüllt sind, anzuwenden sein. Dasselbe gilt, wenn auf eine Gesellschaft bzw auf den Hauptgesellschafter ein negatives Vermögen übertragen wurde.³⁶⁸

Auch *Rebernic* und *Schmidsberger* sind der Meinung, dass der gesellschaftsrechtliche Bestandschutz von Firmenbucheintragungen einer Anfechtung nicht entgegen steht, da das Ziel der Anfechtung nicht die Löschung der Eintragung, sondern die Herstellung des Zustandes ohne die anfechtbare Rechtshandlung ist. Der insolvente Gesellschafter wird auch nicht durch das Verbot der Einlagenrückgewähr geschützt. Die Anfechtung nach der Insolvenzordnung ist bei Verschmelzungen im nachfolgenden Konkurs eines Gesellschafters auf der Gesellschafterebene möglich, jedoch nicht auf der Gesellschaftsebene. Als Anfechtungsgegner wird bei der Verschmelzung als auch bei der Spaltung die übernehmende Gesellschaft gesehen und nicht die Mitgesellschafter. Bei der Spaltung sehen Sie auch eine mögliche

³⁶⁷ *Rebernic/Schmidsberger*, ZIK 2010, 163.

³⁶⁸ *Bollenberger/Kellner*, ÖBA 2011, 410 Anm 3 (mit Anm *Karollus*).

Anfechtung der Vermögensübertragung durch den Insolvenzverwalter auf der Gesellschaftsebene. Es wird nicht durch die Haftung der übernehmenden Gesellschaft nach § 15 Abs 1 SpaltG ausgeschlossen. Sie sehen einen Vorrang des Anfechtungsrechts gegenüber den gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen.³⁶⁹

Der fast gleichen Ansicht sind *Kalss* und *Eckert*, welche das Verhältnis des Anfechtungsrechts zu den gesellschaftsrechtlichen Wertungsprinzipien des Bestandschutzes gleich beurteilen wie bei der Kapitalerhöhung bzw Einlagenleistung und so auch in Bezug auf einen möglichen Konflikt mit dem Verbot der Einlagenrückgewähr. „Wird die übernehmende Gesellschaft bei einer Verschmelzung von dem Gläubiger der übertragenden Gesellschaft in Anspruch genommen, hat die übernehmende Gesellschaft analog zur Kapitalerhöhung die Möglichkeit den Anteil des betreffenden Gesellschafters zu kaduzieren.“ Auch sie haben das Spannungsverhältnis des Anfechtungsrechts bei Umstrukturierungen wie einer Verschmelzung und Spaltung schon vor der OGH Entscheidung zu Gunsten des Insolvenzrechts entschieden, nur hinsichtlich einer Anfechtung der Spaltung auf Gesellschaftsebene waren sie einer anderen Ansicht.³⁷⁰

Laut *Karollus* resultieren aus dem Vorrang der Anfechtung durch die OGH Entscheidung viele schwierige und bisher ungelöste Fragen im Zusammenhang mit Umstrukturierungsmaßnahmen, welche vom 3. Senat bei der Lösung des eher einfachen Falles einer Einlagenrückforderung noch nicht in allen Konsequenzen mitbedacht worden sind. Es stellt sich die Frage, ob der OGH zu einer anderen Entscheidung gekommen wäre, wenn es sich beim Anlassfall um einen komplizierten Umstrukturierungssachverhalt gehandelt hätte.³⁷¹

Auch bei den Umstrukturierungsmaßnahmen ist das Insolvenzrecht, aufgrund der Rechtsmeinungen von verschiedenen Autoren sowie durch die OGH Entscheidung, vorrangig anzusehen und wird nicht durch den Bestandschutz bzw das Verbot der Einlagenrückgewähr eingeschränkt. Es ist aber gespannt auf die erste Rsp zu diesen Spannungsverhältnissen zu warten.

³⁶⁹ *Rebernik/Schmidsberger*, Ges 2009, 191; *Rebernik/Schmiedsberger*, Insolvenz Forum 2008, 228.

³⁷⁰ *Kalss/Eckert*, Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht, 86 ff.

³⁷¹ *Bollenberger/Kellner*, ÖBA 2011, 410 Anm 3 (mit Anm *Karollus*).

3.5 Konkurrenz zwischen Anlegerschutz und Kapitalerhaltungsgrundsatz

3.5.1 Einleitung

Ein Spannungsverhältnis besteht nicht nur zwischen dem Insolvenzrecht und dem Gesellschaftsrecht, sondern wie spektakuläre Entscheidungen in Österreich und Deutschland gezeigt haben auch beim Verhältnis des Gesellschaftsrechtes zum Kapitalmarktrecht, durch die gegenteilige Anordnung von Rechtsfolgen. Auch bei diesen zwei Rechtsgebieten kommt es zu einigen Kollisionen, so hat der OGH in seiner Entscheidung vom 30.3.2011³⁷² den Prospekthaftungsansprüchen von Aktionären einen Vorrang gegenüber dem aktienrechtlichen Grundsatz der Kapitalerhaltung eingeräumt. Der OGH entschied auch, dass der Aktionärsschutz nicht die Lehre der fehlerhaften Gesellschaft tangiere. Im Folgenden wird speziell auf das Spannungsverhältnis hinsichtlich dem Kapitalerhaltungsgrundsatz näher eingegangen.³⁷³

3.5.2 Meinungen aus der Literatur

Das Spannungsverhältnis hat die österreichischen Autoren schon öfters beschäftigt und speziell in jüngerer Zeit meldeten sie sich mit verschiedenen Meinungen zu Wort. So sind *Harrer*, *Karollus* und *Eckert* der Ansicht, dass bei Aktionären die Durchsetzung ihrer Schadenersatzansprüche gegen die AG aufgrund des Kapitalerhaltungsgrundsatzes verwehrt bleiben sollten.³⁷⁴ Die Autoren, welche die andere Meinung vertreten und so trotz des Grundsatzes der Kapitalerhaltung und der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft Prospekthaftungsansprüche von Aktionären gegenüber der bestehenden AG grundsätzlich für durchsetzbar halten, respektieren trotzdem in gewisser Weise auch die Kapitalerhaltung. Zu diesen Autoren zählen beispielsweise, *Kalss*, *Reich-Rohrwig* und *Saurer*.³⁷⁵

Auch in Deutschland hat sich die höchstgerichtliche Meinung im Laufe der Zeit geändert, so wich der BGH von den vormals vom Reichsgericht gefällten Urteilen, welche für eine Vorrang des Kapitalerhaltungsgrundsatzes sprachen, ab und ist

³⁷² OGH 7 Ob 77/10i.

³⁷³ *Rüffler*, Gesellschaftsrecht und Kapitalmarktrecht – Eine schwierige Beziehung, ÖBA 2011, 699; *Krejci*, Anlegerschutz des Aktionärs, Kapitalerhaltung und fehlerhafte AG, GesRZ 2011, 193.

³⁷⁴ *Harrer*, Zivilrechtliche Irritationen im Kapitalmarktrecht, ZFR 2011, 9; *Karollus*, Nochmals: Haftung für fehlerhafte Kapitalmarktinformation und Kapitalerhaltung in der AG, ZFR 2010, 50; *Eckert*, Emittentenhaftung für fehlerhafte Kapitalmarktinformation und aktienrechtliche Kapitalerhaltung, GesRZ 2010, 88.

³⁷⁵ *Krejci*, GesRZ 2011, 193; *Kalss*, Anlegerinteressen, 218 ff; *Reich-Rohrwig*, Kapitalerhaltung 365 ff; *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg.), AktG I § 52 Rz 14 ff.

nun auf der Seite der Kapitalmarktinformationshaftung.³⁷⁶ In der deutschen Jurisprudenz gibt es auch einige Kritiker, welche für die Aufrechterhaltung des Grundsatzes tendieren, da der interne Aktionärsschutz hinter den Gläubigerschutz zu stellen ist.³⁷⁷

3.5.3 Anlassfall vom 30.03.2011, 7 Ob 77/10i

3.5.3.1 Sachverhalt und Begehren

Der Sachverhalt dieser Entscheidung wird nicht direkt aus der OGH Entscheidung entnommen sondern größtenteils von *Rüffler*, welcher diesen Sachverhalt sehr gut und kurz (nur die wichtigsten Fakten) zusammengefasst hat. Die namentliche Nennung der Protagonisten wurden aus der Tages- oder Fachpresse entnommen.

„Die Niedermeyer Privatstiftung (Kläger) hat in den Jahren 2006 und 2007 im Rahmen von Kapitalerhöhungen Immofinanz (Beklagte) Aktien um insgesamt rund EUR 4 Mio erworben. Der Kurswert der einzelnen Aktie war damals nicht mehr als 8 EUR, heute liegt er um die 2,50 EUR. Mutmaßlich war der Verkaufsprospekt der Immofinanz unrichtig. Denn offengelegt wurde nicht, dass man das mit den Kapitalerhöhungen vereinnahmte Geld nicht in Immobilienprojekte stecken würde, sondern ebenso mutmaßlich dazu verwendete, um rechtswidrig über Tochtergesellschaften eigene Aktien zu erwerben. Diese Handlungen hätten jeweils auch Gegenstand einer Ad-hoc Mitteilung an den Kapitalmarkt sein müssen. Die Niedermeyer Privatstiftung hätte, so wird in der Klage vorgebracht, nicht gekauft, wenn der Prospekt richtig oder auch die Ad-hoc Mitteilungen pflichtgemäß publiziert worden wären.“³⁷⁸

Der Kläger gründete die Haftung unter dem Titel des Schadenersatzes auf die Verletzung der Prospektpflichten gem § 11 KMG und auf die Rückgabe des Kaufpreises gegen Rückstellung der Aktien. § 11 Abs 1 Z 1 KMG ist eine solide Basis da es für einen unrichtigen Prospekt die Haftung der Emittentin vorsieht. Zum Titel des Schadenersatzes gegen die emittierende AG gelangt man über § 1311 ABGB (Ver-

³⁷⁶ BGH 9.5.2005, II ZR 287/02.

³⁷⁷ *Krejci*, GesRZ 2011, 193; *Rüffler*, Haftung für fehlerhafte Kapitalmarktinformationen und Kapitalerhaltung, in FS *Straube* (2009) 127.

³⁷⁸ *Rüffler*, ÖBA 2011, 700; OGH 7 Ob 77/10i; *Krejci*, GesRZ 2011, 193.

letzung eines Schutzgesetzes),³⁷⁹ da die Verletzung der Ad-hoc-Pflicht nicht ausdrücklich als Schadenersatzrechtlich sanktioniert wird.³⁸⁰

Diesem schadenersatzrechtlichen Begehren sind jedoch gleich drei gesellschaftsrechtliche Prinzipien entgegensustellen, welche *Rüffler* folgendermaßen zusammenfasst: „**Das Verbot der Einlagenrückgewähr**, wonach ein Aktionär von seiner Gesellschaft außer Bilanzgewinn keine vermögensmäßigen Zuwendungen erhalten darf, damit zusammenhängend die **Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft**, wonach eine Rückabwicklung der Beteiligungsnahme mit Wirkung ex-tunc auch aus Gründen des Bestandschutzes der Gesellschaft und damit der Gläubigerschutz nicht möglich sein soll und der **Gleichbehandlungsgrundsatz**, der gebietet, alle Aktionäre unter gleichen Bedingungen gleich zu behandeln.“³⁸¹

3.5.3.2 Entscheidung und Entscheidungsgründe

Der OGH hat sich in seiner Entscheidung für einen Vorrang des Schadenersatz- bzw Kapitalmarktrechts gegenüber den Einwänden des Gesellschaftsrechts ausgesprochen und somit wurden viele diskutierte Fragen erstmals höchstgerichtlich entschieden. Laut des OGH sind Schadenersatzansprüche geschädigter Aktionäre somit grundsätzlich nicht durch das Verbot der Einlagenrückgewähr beschränkt und ebensowenig stehen ihnen das Gleichbehandlungsgebot gem § 47a AktG oder die Bestimmungen gem §§ 65ff AktG (Erwerb eigener Aktien) entgegen. Der OGH legt in der Entscheidung grundlegend fest, dass die Geltendmachung von Prospekthaftungsansprüchen nicht an den Grundsätzen der Kapitalerhaltung scheitert und die Prospekthaftung daher Vorrang vor der Kapitalerhaltung genießt.³⁸²

Es kann ein Schadenersatzanspruch gegen die AG wegen Verletzung der Prospektpflicht gem § 11 KMG geltend gemacht werden, auch wenn es sich bei dem Aktionär um einen Großanleger oder einen qualifizierten Anleger (wie im Anlassfall durch eine Privatstiftung) handelt. Zu der Verletzung der Prospektpflicht zählen auch unwahre Angaben über den Zweck für den das aufgebrachte Kapital eingesetzt werden soll. Der OGH hat klargestellt, dass der Tatbestand der Einlagenrück-

³⁷⁹ *Rüffler*, Kapitalmarktrechtliche Informations- und Verhaltenspflichten als Schutzgesetz?, Ges 2010, 113 ff; *Kalss*, Anlegerinteressen 334; *Hausmaninger*, Insider Trading (1997) 365 ff.

³⁸⁰ OGH 7 Ob 77/10i wbl 2011/189, 500; *Rüffler*, ÖBA 2011, 700.

³⁸¹ *Rüffler*, ÖBA 2011, 700.

³⁸² *Graf*, OGH verteidigt Prospekthaftung, ecolex 2011, 599 = ZIK 2011/192, 144; *Völkl*, Anlegerschutz: OGH macht's einfach(er), wbl 2011, 474.

gewähr nach § 52 AktG, durch die von einem Schadenersatzberechtigten Gläubiger erhobenen Prospekthaftungsansprüche und deren Befriedigung, nicht verwirklicht ist, da derartige Schadenersatzansprüche nicht *causa societatis* sind. Auch stellt sich das Problem der Gleichbehandlung der Aktionäre gem § 47a AktG nicht, da es auch nicht geboten sei, die Schadenersatzansprüche, des als Drittgläubiger zu behandelnden Aktionärs, auf das ausschüttbare Vermögen zu beschränken. Durch die Nichterfüllung des Grundtatbestandes des § 52 AktG sind auch die Bestimmungen hinsichtlich des Erwerbes von eigenen Aktien gem §§ 65 ff AktG nicht mehr zu prüfen und ob es sich bei diesen Bestimmungen um Ausnahmenvorschriften handelt. Wie schon vorher erwähnt, wurde auch das Entgegenwirken der Lehre vom fehlerhaften Verband/Beitritt, wodurch Mängel des Gesellschafts- bzw Zeichnungsvertrages nicht mit *ex-tunc* Wirkung geltend gemacht werden können, gegenüber der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen verneint.³⁸³

3.5.4 Anleger oder Aktionär?

Maßgeblich für die Lösung bzw Hauptargument des OGH und auch der Autoren, welche gegen den Vorrang des Kapitalerhaltungsgrundsatz sind, ist, dass die kapitalmarktrechtlichen Verhaltensnormen den Aktionär nicht als Gesellschafter einer spezifischen Gesellschaftsform sehen, sondern als Marktakteur und die Ansprüche, die aus der Verletzung dieser Verhaltensnormen resultieren Gläubigerrechte näher stehen als Aktionärsrechte.³⁸⁴ So sind Aktionäre, welche durch Fehl- oder Nichtinformation über wesentliche Umstände Aktien erworben haben, nicht als Aktionär zu sehen, sondern als ein Anleger. Da einem Anleger die Stellung eines außenstehenden Gläubigers zukommt, kann diesem kein Grundsatz der Kapitalerhaltung entgegengesetzt werden. Es handelt sich also um keine Ansprüche aus Gesellschaftsverhältnissen und somit trifft diesen Aktionär bzw Anleger kein Verbot der Einlagenrückgewähr.³⁸⁵

3.5.5 Kritik - Vorrangfrage als Wertungsfrage

Die OGH Entscheidung führte zu sehr viel Diskussionsvolumen und viele Autoren stehen der Entscheidung sehr kritisch gegenüber. Einer der Kritiker ist *Krejci*, welcher der Ansicht ist, dass die Entscheidung des OGH hinsichtlich der Vorrangfrage auf „Wertungen“ aufgebaut ist. So wird die Frage, ob der Aktionär eher als Anleger

³⁸³ OGH 7 Ob 77/10i RdW 2011/416, 401; *Völkl*, wbl, 475.

³⁸⁴ *Rüffler*, ÖBA 2011, 703.

³⁸⁵ *Krejci*, GesRZ 2011, 199 f.

oder der Anleger eher als Aktionär zu sehen ist, durch eine bloße Wertung des OGH gelöst. Er ist der Meinung, „dass der OGH gar nicht erst auf den Grundsatz der Kapitalerhaltung und dessen Wertung eingegangen ist und dass das Anliegen des KMG, Anlegern, zu denen auch Aktionäre zählen, Schadenersatzansprüche zu gewähren, gegenüber den Vorschriften des AktG als höher- oder vorrangig zu werten sei, mangels Darlegung überzeugender Sachverhalte und mangels Einbeziehung des Anliegens des Grundsatzes der Kapitalerhaltung weit eher eine bloße Behauptung als eine aus der Rechtsordnung abgeleitete Wertung ist.“³⁸⁶

Durch die auf rechtlich missbilligte Weise erhaltene Aktionärsstellung, wird der Aktionär von der Konsequenz des Kapitalerhaltungsgrundsatzes befreit und so die Bestimmungen über die Kapitalmarktinformationshaftung höher bewertet, als den aktienrechtlichen Regeln über die Kapitalerhaltung. Dies bedeutet, dass der Gläubigerschutz durch den besonderen kapitalmarktrechtlichen Anleger- bzw Aktionärschutz geschwächt wird. Die „potenziellen“ Anleger werden durch Verhaltenspflichten geschützt und behandeln den Aktionär somit wie einen Drittgläubiger bzw außenstehenden Gläubiger.³⁸⁷

Krejci plädiert für eine Kompromisslösung, wo er eine Differenzierung zwischen Klein- und Großanlegern vorschlägt. Diesen Gedanken hatten zuvor auch schon *Rüffler* und *Reich-Rohrwig*.³⁸⁸

3.5.6 Anlegerschutz durch Irrtumsanfechtung

Wird jemand durch eine Fehlinformation bzw falsche Beratung zur Zeichnung von Aktien verleitet, denkt man nicht nur an den Schadenersatz sondern auch daran, den Zeichnungsvertrag (originären Erwerb der Aktien) irrtumshalber anzufechten. Bei einem derivativen Erwerb der Aktien würde sich eine Irrtumsanfechtung gegen den Veräußerer richten und nicht gegen die AG selbst. Eine erfolgreiche Anfechtung lässt die Stellung als Aktionär des Veräußerers wieder aufleben. Im Gegensatz dazu steht beim originären Erwerb die Aufhebung der Aktionärsstellung generell zur Diskussion. Wie schon im Kapitel des Bestandschutzes bei der Anfechtung

³⁸⁶ Ebda; OGH 7 Ob 77/10i.

³⁸⁷ *Krejci*, GesRZ 2011, 200; OGH 7 Ob 77/10i.

³⁸⁸ *Reich-Rohrwig*, Kapitalerhaltung 365 ff; *Rüffler*, Haftung für fehlerhafte Kapitalmarktinformation, 113 ff; *Krejci*, GesRZ 2011, 201.

einer Einlage erwähnt, werden in der Regel angefochtene Verträge aufgrund einer erfolgreichen Irrtumsanfechtung ex-tunc vernichtet, jedoch würde dies bei Gesellschaftsverhältnissen die sich bereits im Erfüllungsstadium befinden zu verheerenden Folgen führen. Um diesen Folgen entgegenzuwirken können Gesellschaftsverträge und so auch andere Dauerschuldverhältnisse, nur mit einer ex-nunc Wirkung³⁸⁹ angefochten werden,³⁹⁰ was bedeutet, dass es zu keiner rückwirkenden Vernichtung bei der erfolgreichen Anfechtung eines Zeichnungsvertrages kommen kann.³⁹¹ Laut OGH würde es *„anders zu unerträglichen Ergebnissen führen, eine solch auf Dauer und tatsächlich vollzogene Leistungsgemeinschaft, für die die Beteiligten Beiträge erbracht und Werte geschaffen, die Gewinnchancen genutzt und vor allem gemeinschaftlich das Risiko getragen haben, ohne weiteres mit rückwirkender Kraft aus dem Rechtsleben zu streichen und damit so zu behandeln, als ob sie niemals bestanden hätte.“*³⁹²

Doch auch mit einer Anfechtung des Zeichnungsvertrages mit ex-nunc Wirkung wäre bei der AG ein gravierendes Problem verbunden, so würde daraus folgen, dass ab Wirksamkeit der Vertragsaufhebung das Aktionärsverhältnisses erloschen wäre und es einen Aktionär weniger in der AG geben würde. Die Gesellschaft selbst müsste diese, durch die Anfechtung frei gewordenen Aktien, wieder zurücknehmen oder es käme zu einer Verringerung der bisherigen Mitgliederzahl und somit auch zur Schmälerung des Grundkapitals. Der anfechtende Aktionär würde seine Einlage wieder zurückbekommen. Das gesamte geschilderte Szenario lässt sich aber nicht mit dem AktG vereinbaren, *denn die Bestimmungen des AktG gewähren weder die uneingeschränkte Freiheit, eigene Aktien zu erwerben bzw diese zurückzunehmen, noch gewährt das Gesetz die uneingeschränkte Freiheit, die geschlossene Mitgliederzahl sowie das Grundkapital durch Auflösung von Mitgliedschaften zu verringern.* Die AG ist auf einer geschlossenen Mitgliederzahl aufgebaut.³⁹³

In Fällen eines fehlerhaften Beitritts kommt somit weder eine Anfechtung des Zeichnungsvertrages nach **§ 871 ABGB** noch eine Vertragsanpassung nach **§ 872**

³⁸⁹ RS0018376.

³⁹⁰ *Diregger* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 216 Rz 44; *Gruber*, Kapitalmarktinformationshaftung und der Aktiengesellschaft und Kapitalerhaltungsgrundsatz (Teil II), JBI 2007, 91; OGH 7 Ob 77/10i.

³⁹¹ *Krejci*, GesRZ 2011, 203.

³⁹² OGH 7 Ob 77/10i wbl 2011/189, 500.

³⁹³ *Krejci*, GesRZ 2011, 203.

ABGB in Betracht.³⁹⁴ Der Aktionär hat somit nur die Möglichkeit von der AG Schadenersatz zu fordern, da seit der OGH Entscheidung der Grundsatz der Kapitalerhaltung der Geltendmachung nicht mehr entgegensteht.³⁹⁵

3.5.7 Anfechtung wegen arglistiger Täuschung

Nach Eintragung in das Firmenbuch ist eine Anfechtung von Sacheinlageverträgen aufgrund von Willensmängeln grundsätzlich ausgeschlossen, jedoch gilt dies nicht für die arglistige Täuschung. Am 13.07.1998³⁹⁶ kam die österreichische Rsp zu einer sehr einschlägigen Entscheidung, als der OGH die Anfechtung eines Zeichnungsvertrages zuließ, wenn sich der Anleger wegen arglistiger Täuschung gem § 870 ABGB über den Inhalt der Veranlagung nicht bewusst war, wie etwa beim Anlassfall als nachrangiges Ergänzungskapital einer Bank gezeichnet wurde³⁹⁷ und in einer späteren Entscheidung auch bei der Vereinbarung einer echten stillen Einlage wegen deren fehlenden Eigenkapitalcharakters.³⁹⁸

Bei dem angesprochenen Anlassfall ging es um Anleger die bei einer später insolventen Bank hohe Beträge als Ergänzungskapital gem § 23 Abs 7 BWG geleistet hatten. Ergänzungskapital ist ein sogenanntes „Eigenmittelsurrogat“, welches im Insolvenzfall nachrangig behandelt wird, da es nach dem BWG den Eigenmitteln der Bank zuzurechnen ist. Nachrangigkeit im Bankwesen bedeutet, dass die Forderung im Fall der Liquidation oder des Konkurses erst nach den Forderungen der anderen nicht nachrangigen Forderungen befriedigt werden kann. Aus zivilrechtlicher Sicht ist es von entscheidender Bedeutung, dass die Kapitalanlage so ausgestaltet ist, dass die Rückzahlbarkeit vom Erfolg des Emittenten abhängt und auch die Inhaber der Kapitalanlage nicht als Gläubiger im Konkurs anerkannt werden. Sie können keine Insolvenzforderung geltend machen und sind mit ihren Ansprüchen, wie andere Eigenkapitalgeber zu berücksichtigen.³⁹⁹ Die Anleger machten im anschließenden Prozess geltend, dass sie über die Bedeutung der gezeichneten

³⁹⁴ *Diregger* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 216 Rz 48; *Gruber*, JBI 2007, 91; *Krejci*, GesRZ 2011, 203.

³⁹⁵ *Kalss*, Anlegerinteressen, 222; *Krejci*, GesRZ 2011, 204.

³⁹⁶ OGH 7 Ob 354/97b.

³⁹⁷ OGH 7 Ob 354/97b *ecolex* 1999, 98 = *ÖBA* 1999, 230; *Wenger*, Willensmängel bei Sacheinlage, *RWZ* 1999, 15.

³⁹⁸ OGH 4 Ob 233/00v *SZ* 73/163 = *wbl* 2001, 230/160 = *RdW* 2001, 148/166; *Reich-Rohrwig*, Kapitalerhaltung 347; *Kalss/Schauer*, Anlegerschutz und nachrangiges Kapital, *ÖBA* 2002, 347.

³⁹⁹ *Kalss/Schauer*, *ÖBA* 2002, 351; *Jud/Schummer*, Anteilsrechte von Banken (1991) 21; *Ruppe*, Die Abgrenzung von Eigenkapital und Fremdkapital die steuerliche Sicht in *Ruppe/Swoboda/Nitsche* (Hrsg.), Die Abgrenzung von Eigenkapital und Fremdkapital (1987) 32 f; §§ 23 Abs 8, 45 Abs 4 BWG.

Anlage arglistig getäuscht wurden. Der OGH entschied zu Gunsten der Anleger, da sie seiner Ansicht nach von einem Vertreter der Bank durch List getäuscht wurden und trotz der Unterfertigung von Zeichnungsscheinen nicht wussten, dass sie Ergänzungskapital zeichneten. Der Gerichtshof kam zum Schluss, dass der Vertrag daher rückwirkend bzw ex-tunc aufzulösen sei und es konnte teilweise gegen Kreditforderungen der Bank aufgerechnet werden.⁴⁰⁰

In einer viel älteren Entscheidung aus dem Jahr 1964⁴⁰¹ wurde die Auffassung vertreten, dass dem Umstand, dass der Einbringungsvertrag nicht dem wahren Willen der Parteien entspreche, keine Bedeutung zukomme, da von der Lehre aus Gründen des Gläubigerschutzes eine Anfechtung des Sacheinlagevertrages wegen Willensmängeln, wie Irrtum und List, abgelehnt werde. Dieser damaligen Auffassung kann aber nur soweit zugestimmt werden, als es dem Einleger überhaupt bewusst war, dass er eine Sacheinlage einbringt. Bei der Entscheidung im Jahr 1998 war den Anlegern aber gerade nicht bewusst, dass sie Ergänzungskapital zeichnen. Es wurde ihnen arglistig vorgespielt, dass ihnen eine sichere Veranlagung geboten wird. Im Jahr 1964 ging es um die Gründung einer AG, wobei es den einbringenden Personen sehr wohl klar war, dass eine Sacheinlage eingebracht wird. Durch die erfolgreiche Anfechtung wurde der Vertrag über das Ergänzungskapital mit dinglicher Wirkung ex-tunc aufgelöst.⁴⁰²

In Fällen eines fehlerhaften Beitritts durch arglistige Täuschung gem **§ 870 ABGB** kann es somit sogar zur einer rückwirkenden Auflösung von Sacheinlageverträgen wie bei einer Gründung, Kapitalerhöhung oder einem Zeichnungsvertrag kommen.

3.5.8 Haftung des Anlageberaters

Auch die Haftung eines Anlageberaters sollte nicht unterschätzt werden, denn eine falsche Beratung kann kausal für den Eintritt des Schadens sein und somit zur einer Haftung führen. Ein Paradebeispiel ist die Entscheidung vom 5.7.2011⁴⁰³, in welcher der OGH sich klar und deutlich für eine Haftung des Anlageberaters ausgesprochen hat. In dieser Entscheidung ging es darum, dass ein Mitarbeiter einer

⁴⁰⁰ *Wenger*, RWZ 1999, 15.

⁴⁰¹ OGH 7 Ob 69/64 SZ 37/37.

⁴⁰² *Koziol*, Anfechtbarkeit von Ergänzungskapital wegen List, ÖBA 1999, 231; OGH 7 Ob 69/64 SZ 37/37; OGH 7 Ob 354/97b ecolex 1999, 98 = ÖBA 1999, 230.

⁴⁰³ OGH 4 Ob 62/11p.

Anlageberatungsgesellschaft einem Ehepaar riet, sein geringes Einkommen und Vermögen, welches bis dahin in Bausparverträge und Rentenfonds angelegt wurde, zum Kauf von Zertifikaten der „M E L“ anzulegen. Er behauptete, dass die Zertifikate bei gleicher Sicherheit, einen höheren Ertrag als die bisherige Veranlagung bringen würde. Der Anlageberater sprach davon, dass die Anlage bei einer der besten und ältesten österreichischen Banken, wo die Ersparnisse jederzeit wieder herausgenommen werden können erfolge. Das Ehepaar dachte an eine Veranlagung wie bei einem Sparkonto, jedoch verbrieften die Zertifikate tatsächlich Geschäftsanteile an einer Kapitalgesellschaft mit Sitz außerhalb der Europäischen Union. Dem Berater war bekannt, dass sie eine sichere Veranlagung suchten und auch die Risikohinweise in den Unterlagen wurden nicht gelesen. Das Ehepaar machte einen beträchtlichen Verlust mit der Veranlagung, anstatt einen sicheren Ertrag zu erwirtschaften. Der OGH entschied zu Gunsten des Ehepaars, da es sich um eine grob fahrlässige Fehlberatung des Beraters handelte.⁴⁰⁴

3.6 Lösung Einführungsbeispiel

Abschließend wird nun das Einführungsbeispiel, welches am Beginn dieses Kapitels angesprochen wurde, gelöst.

3.6.1 Sachverhalt – Teil 1

Herr *Mustermann* ist durch die gekauften Aktien grundsätzlich zum Teileigentümer bzw Gesellschafter, wenn auch nur eines geringen Anteiles, an der *Konkurs AG* geworden. Ein Gesellschafter ist der Risikoträger einer Kapitalgesellschaft, welcher nicht nur die positiven Seiten eines Gewinnes und einer Wertsteigerung, sondern auch die negativen Seiten eines möglichen Totalverlustes zu tragen hat. Grundsätzlich gehen Gesellschafter als Eigenkapitalgeber im anschließenden Konkurs der Gesellschaft leer aus. Die Ansprüche des Gesellschafters auf seinen Beteiligungswert sind in der Insolvenz und auch in der Liquidation gegenüber den Fremdkapitalgebern bzw Gläubigern nachrangig. Die einschlägigen Bestimmungen finden sich in §§ 51, 57a IO, § 91 Abs 3 GmbHG und für die AG in § 212 Abs AktG. „*Das nach der Berichtigung der Schulden verbleibende Vermögen der Gesellschaft wird unter die Aktionäre verteilt*“ gem § 212 Abs 1 AktG.⁴⁰⁵

⁴⁰⁴ OGH 4 Ob 62/11p; Husen, Zum Rechtswidrigkeitszusammenhang bei der Haftung des Anlageberaters, wbl 2012, 44.

⁴⁰⁵ Ruffler, ÖBA 2010, 701.

Der erste Teil des Sachverhalts ist angelehnt an die Entscheidung vom 30.03.2011⁴⁰⁶, in welcher sich der OGH für einen Vorrang des Schadenersatz- bzw Kapitalmarktrechts gegenüber den Einwänden des Gesellschaftsrechts entschieden hat. Herr Mustermann hätte somit das Recht gehabt, einen Schadenersatzanspruch gegen die AG wegen Verletzung der Prospektpflicht gem § 11 KMG geltend zu machen und der Kapitalerhaltungsgrundsatz wäre ihm nicht im Wege gestanden. Herrn Mustermann wurde ein falsches Verkaufsprospekt vorgelegt und er wurde auch von seinem Anlageberater fehlerhaft beraten. Auch durch diese grob fahrlässige fehlerhafte Beratung hätte er einen Schadenersatzanspruch gehabt. Eine arglistige Täuschung würde ich hier verneinen, da er selbst keine Ahnung von der schlechten wirtschaftlichen Lage der Konkurs AG hatte.⁴⁰⁷

Der OGH kam maßgeblich, wie schon erwähnt, zu dieser Meinung durch die Unterscheidung eines Anlegers und eines Aktionärs und kam zum Schluss, dass Aktionäre, welche durch Fehl- oder Nichtinformation über wesentliche Umstände Aktien erworben haben, nicht als Aktionär zu sehen sind, sondern als ein Anleger. Der Aktionär ist bei Befriedigung von Prospekthaftungsansprüchen nicht als solcher, sondern wie ein schadenersatzberechtigter Gläubiger zu behandeln. Diese Ansprüche werden nicht nach *causa societatis* geleistet,⁴⁰⁸ somit stelle die Leistung an den Aktionär keine verbotene Einlagenrückgewähr, sondern eine sachlich gerechtfertigte Zahlung dar.⁴⁰⁹

Die kapitalmarktrechtlichen Normen schützen Herrn Mustermann als Anleger durch die Normierung von einzuhaltenden Verhaltenspflichten und behandeln den eigentlichen Aktionär wie einen Drittgläubiger. Laut der Entscheidung schafft § 11 KMG somit ein Recht, dass Gläubigerrechten zweifellos näher steht als Aktionärsrechten. Herr Mustermann kommt die Stellung eines außenstehenden Gläubigers zu, dessen Ansprüche nicht nur auf das ausschüttbare Vermögen beschränkt sind.⁴¹⁰

⁴⁰⁶ OGH 7 Ob 77/10i wbl 2011/189, 500.

⁴⁰⁷ OGH 4 Ob 62/11p.

⁴⁰⁸ Reich-Rohrwig, Kapitalerhaltung 362 ff; OGH 7 Ob 77/10i wbl 2011/189, 503.

⁴⁰⁹ Kalss/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht I (2005) § 11 Rz 47; OGH 7 Ob 77/10i wbl 2011/189, 503; Krejci, GesRZ 2011, 199.

⁴¹⁰ OGH 7 Ob 77/10i wbl 2011/189, 503.

Herr Mustermann hatte somit grundsätzlich das Recht von der Konkurs AG als Aktionär bzw Anleger aufgrund des Kapitalmarktgesetzes Schadenersatzansprüche geltend zu machen. Die Möglichkeit einer Irrtumsanfechtung von Herrn Mustermann als Aktionär ist zu verneinen und zur genaueren Erläuterung ist auf das Kapitel 4.5.6. zu verweisen.

3.6.2 Sachverhalt – Teil 2

Der zweite Teil des Sachverhaltes behandelte Probleme des Spaltungsrechts bzw Gesellschaftsrechts und des Insolvenzrechts. Herr Mustermann steht nach der Insolvenz der Konkurs AG mit leeren Händen da und ist, wie vorher bereits erwähnt, als Eigenkapitalgeber grundsätzlich nachrangig zu behandeln. Jedoch wird er durch die OGH Entscheidung mit seinen Schadenersatzansprüchen aus der Prospekthaftung als ein Drittgläubiger bzw außenstehender Gläubiger gesehen und kann somit als Gläubiger auch eine Insolvenzforderung anmelden.

Der Haftungsfonds der Gläubiger der Konkurs AG wurde durch die nicht verhältnismäßige Spaltung klar verringert, denn vor der Spaltung hatte der Haftungsfonds einen Wert von 100 Mio EUR und nach der Spaltung nur mehr einen Wert von 85 Mio EUR (50 Mio EUR + 50% Anteile an der übernehmenden Gesellschaft). Die Gläubiger und somit auch Herr Mustermann wurden durch diesen Spaltungsvorgang um 15 Mio EUR benachteiligt. Es handelt sich somit um keine wertadäquaten Anteile an der übernehmenden Gesellschaft. Bei der übernehmenden Gesellschaft kommt es durch die Spaltung zu einer Kapitalerhöhung.

Würde es tatsächlich zu so einer Spaltungseintragung, trotz aller Kontrollmaßnahmen (insbesondere durch das FBG) kommen, läge es nun an dem Insolvenzverwalter der Konkurs AG diesen Vorgang anzufechten und eine Ordnung wieder herzustellen. Der Insolvenzverwalter würde den Spaltungsvorgang bei der übernehmenden Gesellschaft als Anfechtungsgegner aufgrund einer klaren Absicht zur Gläubigerbenachteiligung anfechten. Weder der Kapitalerhaltungsgrundsatz, noch der Bestandschutz (bei einer Neugründung) der übernehmenden Gesellschaft würden dem Anfechtungsanspruch entgegengesetzt werden können. Dem insolvenzrechtlichen Anfechtungsrecht bzw auch bei einer Gläubigeranfechtung nach der

AnfO ist der Vorrang gegenüber den gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen zu gewähren.⁴¹¹

Herr Mustermann hätte somit, trotz der grundsätzlichen Gesellschafterstellung als Aktionär, eine entsprechende Insolvenzforderung gegenüber der *Konkurs* AG und würde nicht nachrangig behandelt werden, sondern eine etwaige Quote erhalten.

⁴¹¹ OGH 3 Ob 51/10m.

4 Resümee bzw eigene Stellungnahme

Zum Abschluss dieser Arbeit werde ich meine eigene Meinung darstellen bzw zu den angesprochenen Problemen Stellung nehmen. Ich werde dies in drei Abschnitte gliedern. Einleitend werde ich auf den Kapitalerhaltungsgrundsatz an sich eingehen und dann auf die zwei Entscheidungen des OGH, welche den Vorrang des Anfechtungsrechts sowie den Vorrang des Kapitalmarktrechts betreffen.

4.1 Kapitalerhaltungsgrundsatz – eine schwankende tragende Säule

Der Grundsatz der Kapitalerhaltung wird immer als eine sogenannte tragende Säule des Kapitalgesellschaftsrechts bezeichnet, doch die Frage ist, ob diese Säule nicht durch die aktuellen OGH Entscheidungen ins Schwanken gekommen ist? Die Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft sind durch die Befreiung von der persönlichen Haftung privilegiert. Dieses Trennungsprinzip hat aber nur einen Sinn, wenn die Gläubiger einer GmbH oder AG auf einen sicheren Haftungsfonds bzw ein Mindestkapital zurückgreifen können und darüberhinaus auch kein uneingeschränktes Entnahmerecht eines Gesellschafters besteht. Diese Regeln dienen nicht nur den Gläubigern, sondern auch den Gesellschaftern untereinander als Schutz. Meiner Ansicht nach bringt es *Krejci* mit seiner Aussage, „*dass Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsvorschriften das notwendige adäquate Gegengewicht bzw der adäquate Preis für die Haftungsfreiheit der Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft für die Gesellschaftsverbindlichkeiten ist*“⁴¹², auf den richtigen Punkt. Speziell die Rolle des Kapitalerhaltungsgrundsatzes sollte nicht vergessen werden und vielleicht noch einmal hinterfragt werden, ob nicht langsam aber doch, diese tragende Säule des Kapitalgesellschaftsrechts mit den Entscheidungen angesägt worden ist.

4.2 Insolvenzrecht vor Gesellschaftsrecht

Mit der Entscheidung vom 30.5.2010⁴¹³ wurde ein für alle mal der überwiegenden Meinung der Literatur sowie dem BGH zugestimmt und dem Anfechtungsrecht gegenüber dem Grundsatz der Kapitalerhaltung der Vorrang gegeben. Diese Attacke auf die vorher angesprochene tragende Säule des Kapitalgesellschaftsrechts war auch meines Erachtens endlich notwendig, um die Verlockung der Schuldner ihr Vermögen vor dem Zugriff ihrer Gläubiger durch Einbringung in eine GmbH in Sicherheit zu bringen, höchstgerichtlich zu unterbinden. Es kann nicht Sinn und

⁴¹² *Krejci*, GesRZ 2011, 196.

⁴¹³ OGH 3 Ob 51/10m.

Zweck des Kapitalerhaltungsgrundsatzes sein, diese betrügerischen Vorgänge von Schuldnern bzw Gesellschaftern zu schützen. Hier muss das Anfechtungsrecht durchgreifen können und somit der anfechtbare weggegebene Vermögensteil wieder dem Schuldvermögen zuzuordnen sein, damit es zu keiner Gläubigerbenachteiligung kommt. *König* hat es mit seiner Aussage, dass es bei der Insolvenz- bzw Gläubigeranfechtung nicht um den Gesellschafter, sondern um die Gläubiger geht und diesen sind in keiner Weise gesellschaftsvertragliche Pflichten ihres Schuldners zuzurechnen, sehr treffend formuliert. Die Regeln der Kapitalerhaltung gelten nicht unbeschränkt und betreffen nur das Verhältnis der Gesellschafter zur Gesellschaft.⁴¹⁴

Nicht nur die Vorschriften der Insolvenzanfechtung, sondern auch die Regeln über die Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung dienen grundsätzlich dem Gläubigerschutz.⁴¹⁵ Jedoch schützen die einen Vorschriften die Gläubiger des beispielsweise einbringenden Gesellschafters und die anderen die Interessen der Gläubiger und Mitgesellschafter der die Einlage empfangenden Gesellschaft.⁴¹⁶ Der Interessenskonflikt der Gläubiger wurde zu Recht zu Gunsten des Anfechtungsrechts entschieden. Ich muss auch hier wiederum *König* zustimmen, welcher die Ansiedelung des Gläubigerschutzes primär im Gesellschaftsrecht als ein Auslaufmodell bezeichnet. Er begründet dies, meines Erachtens zu Recht, mit den EuGH Entscheidungen betreffend die Legitimität von ausländischen Scheingesellschaften bzw „Postkastenfirmen“. Für die Umgehung von dem gesellschaftsrechtlichen ex-ante Gläubigerschutz, wie Mindestkapitalvorschriften und Kapitalerhaltung, wurde die Türe dadurch weit geöffnet. Wie einfach ist es beispielsweise heute schon eine ausländische Gesellschaft zu gründen, welche keine Mindestkapitalvorschriften hat (Limited). So sehe auch ich die nationalen gesellschaftsrechtlichen Instrumente immer mehr als „*stumpfe Waffen*“ an und finde, dass der moderne Weg zum Gläubigerschutz immer mehr über das Anfechtungsrecht führt.⁴¹⁷

Wie schon mehrmals erwähnt, wird diese Entscheidung sicher erhebliche Auswirkungen für die Praxis haben und noch für viele Überlegungen bzw Argumentatio-

⁴¹⁴ *König*, Aktualitätenkino 146 mwN, vlg auch ders, Anfechtung⁴ Rz 2/26 mwN; ebenso *Dellinger*, ZIK 1996, 151.

⁴¹⁵ *Rebernig/Schmidsberger*, ZIK 2010, 162.

⁴¹⁶ *Kalss/Eckert*, Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht 82.

⁴¹⁷ *König*, Aktualitätenkino 146 FN 21.

nen als Ausgangspunkt dienen. Leider gab es noch keine höchstgerichtliche Entscheidung zu diesem Spannungsverhältnis im Bereich der Umgründungsmaßnahmen und es ist auch schwer genau zu erahnen, wie sich der OGH in dieser Hinsicht dann entscheiden wird. Doch sieht man sich die aktuellen Entwicklungen an, bin ich der Meinung, dass auch in diesem Bereich der OGH seine Linie beibehalten wird und so dem Anfechtungsrecht den Vorrang gegenüber dem Grundsatz der Kapitalerhaltung und Bestandschutz einräumt. Auch in diesem Gebiet sehe ich den Schutz der Gläubiger eines Gesellschafters, welcher durch Vermögensverschiebungen, egal ob durch Verschmelzung, Spaltung, Einbringung oder Umwandlung, versucht sein Geld in Sicherheit zu bringen, aus den gleichen Gründen - wie bei einer Einlagenleistung bzw Kapitalerhöhung - vorrangig gegenüber dem Gläubigerschutz durch den Grundsatz der Kapitalerhaltung.

4.3 Schutz des Schwächeren und Kompromisslösung

Auch mit der Entscheidung vom 30.03.2011⁴¹⁸ hat sich der OGH gegen den Grundsatz der Kapitalerhaltung entschieden und somit dem Kapitalmarktrecht bzw der Prospekthaftung den Vorrang gegeben. Diese relativ aktuelle Entscheidung führte, meines Erachtens auch zu Recht, zu erheblichen Diskussionen unter den verschiedenen Experten. Im Laufe der Zeit ist der Schutz gegenüber den Schwächeren im Zivilrecht immer mehr fortgeschritten, was durch diese Entscheidung auch eindrucksvoll bewiesen wurde. Ob der eingeschlagene Weg jedoch der richtige ist, bleibt zu hinterfragen. Ich kann der Ansicht von *Reich-Rohrwig* nur zustimmen, welcher der Meinung ist, „*dass sich durch die modernen Formen des Vertriebs von Wertpapieren und Veranlagungen, bei denen der Anleger durch Haustürgeschäft ua mehr oder minder überrumpelt wird, bei denen die Willensfreiheit durch Fernabsatzgeschäfte verdünnt ist oder bei denen der Anleger, oft durch Ausnutzung der intellektuellen Überlegenheit des Emittenten, nicht in der Lage ist die Werthaltigkeit und die Zukunftsaussichten der Kapitalbeteiligung zu überprüfen ist*“,⁴¹⁹ die Situation im Vergleich zu früher enorm verändert hat. Heutzutage ist es einfach allein durch die elektronische Entwicklung viel einfacher ein Aktionär eines Unternehmens zu werden. Der Kapitalmarkt hat in den letzten Jahrzehnten eine so hohe volkswirtschaftliche Bedeutung erlangt und so eine enorme Dimension angenommen, dass eine Sichtweise welche nur auf den Gläubigerschutz eingeengt ist,

⁴¹⁸ OGH 7 Ob 77/10i.

⁴¹⁹ *Reich-Rohrwig*, Kapitalerhaltung 357 ff.

zugleich zu einem wesentlichen Hemmnis des Kapitalmarkts führen würde. Durch die breite Streuung des Kapitalvermögens in der Bevölkerung kann nicht nur mehr der Gläubigerschutz im Vordergrund stehen, sondern es muss auch an die Aufklärungspflichten sowie auf die individuellen Interessen der Anleger bzw auf den Anlegerschutz geachtet werden. Meines Erachtens ist es einfältig diese Entwicklung zu verneinen und nicht einsehen zu wollen, das sich die Zeiten geändert haben. Heute steht man vor einem ganz anderen Kapitalmarkt als vor 100 Jahren. *„In einem Zeitalter breiter Vermögensstreuung in allen Gesellschaftsschichten ist neben den Gläubigerschutz der volkswirtschaftlich gleich wichtige Verbraucher- und Anlegerschutz getreten.“*⁴²⁰

Obwohl meine geschilderte Argumentation eigentlich zu einem klaren Vorrang in Richtung Prospekthaftungsansprüche hindeutet, kann ich der OGH Entscheidung nicht voll und ganz zustimmen. *Reich-Rohrwig* hat schon fast zehn Jahre vor der Entscheidung einen für mich sehr akzeptablen Vorschlag gemacht, so war er der Meinung, dass bei der Kapitalmarktinformationshaftung zwischen Klein- und Großanlegern zu unterscheiden sei. So bin ich auch der Ansicht, dass Kleinanleger schutzbedürftiger und schutzwürdiger sein können als sonstige Anleger. Das Vertrauen der Kleinanleger auf die Richtigkeit des Emissions- oder Börsenzulassungsprospekt ist stärker zu schützen als bei Großanlegern, da eine individuelle und fachliche Prüfung der Anlage bzw Veranlagung einem Kleinanleger nicht zumutbar und auch der verbundene Prüfungsaufwand nicht vertretbar ist. Dieses Informationsrisiko kann einem Kleinanleger nicht aufgebürdet werden. *Reich-Rohrwig* war der Ansicht, dass Kleinanleger iS einer Analogie zu § 3 Abs 1 Z 9 KMG zu beschränken sind (50.000 EUR).⁴²¹

Eine Kompromisslösung mit der Unterscheidung von Anlegern hätte ich für fairer und nicht so radikal gefunden. So wäre damit Kleinaktionären aus dem Titel der Kapitalmarktinformationshaftung der Vorrang vor dem Kapitalerhaltungsgrundsatz zugekommen, jedoch nicht einem Großaktionär bzw qualifizierten Aktionär, bei denen eine Prospektpflicht gar nicht vorgesehen ist. Durch diese Lösung wird der Grundsatz der Kapitalerhaltung nur bei jenen Aktionären nachrangig, welche in der AG unternehmerisch nicht mitwirken und auch der Umstand respektiert, dass auf-

⁴²⁰ *Reich-Rohrwig*, Kapitalerhaltung 358.

⁴²¹ *Reich-Rohrwig*, Kapitalerhaltung 365 ff.

grund der Vorschriften des KMG die Intensität des Anlegerschutzes bei Großaktionären bzw qualifizierten Aktionären erheblich abgeschwächt ist.⁴²² Solch eine Regelung wäre auch nichts Neues, denn auch bei der Insolvenz einer Bank wird differenziert und es gibt für sogenannte „Kleinanleger“ eine Einlagensicherung von 100.000 EUR seit dem 1.1.2010. Durch den „lediglichen“ Haftungsvorrang für Kleinanleger bzw Kleinaktionäre würde der Sprung in der Säule des Kapitalgesellschaftsrechts wieder etwas kleiner werden.

⁴²² *Krejci, GesRZ 2011, 202.*

Literaturverzeichnis

Monographien, Kommentare, Sammelwerke

Arnold, Privatstiftungsgesetz Kommentar² (2007).

Bartsch/Pollak/Buchegger, Österreichisches Insolvenzrecht⁴ I (2000).

Bayer/Goette (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Aktengesetz³ I (2008).

Buchegger, Insolvenzrecht (2010).

Buchegger (Hrsg.), Österreichisches Insolvenzrecht Kommentar, Erster Zusatzband (2009).

Bydlinski F., System und Prinzipien des Privatrechts (1996).

Doralt M., Management Buyout (2001).

Doralt/Nowotny/Kalss (Hrsg.), Kommentar zum Aktiengesetz Band I (2003).

Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth, Handbuch zum Gesellschaftsrecht (2007).

Fries, Handbuch der Verschmelzung, Umwandlungen und Vermögensübertragungen (1993).

Gassner (Hrsg.), Privatstiftungen (2000).

Goette/Habersack (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz³ (2008).

Helbich/Wiesner/Bruckner (Hrsg.), Handbuch der Umgründungen (2009).

Hausmaninger, Insider Trading – eine systemvergleichende Untersuchung amerikanischer, europäischer und österreichischer Regelungen (1997).

Hügel, Verschmelzung und Einbringung (1993).

Jabornegg/Artmann (Hrsg.), Kommentar zum UGB² (2010).

Jabornegg/Strasser (Hrsg.), AktG⁵ II (2010).

Jaufer, Das Unternehmen in der Krise (2010).

Jud/Schummer, Anteilsrechte von Banken (1991).

Kalss, Anlegerinteressen. Der Anleger im Handlungsdreieck von Vertrag, Verband und Markt (2001).

Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung² (2010).

Kalss/Nowotny/Schauer (Hrsg.), Österreichisches Gesellschaftsrecht⁶ (2008).

Kalss/Burger/Eckert, Die Entwicklung des österreichischen Aktienrechts (2003).

Kalss/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht I (2005).

Kastner/Doralt/Nowotny, Grundriss des Österreichischen Gesellschaftsrechts⁵ (1998).

Kirchhof/Lwowski/Stürner (Hrsg.), Münchener Kommentar Insolvenzordnung² (2008)..

Kodek/Konecny (Hrsg.), Insolvenz-Forum 2007 (2008).

Konecny (Hrsg.), Insolvenz Forum 2008 (2009).

Konecny (Hrsg.), Insolvenz Forum 2010 (2011).

Konecny (Hrsg.), IRÄG 2010, ZIK Spezial (2010).

Konecny/Schubert (Hrsg.), Kommentar zu den Insolvenzgesetzen (2006).

König, Die Anfechtung nach der Konkursordnung⁴ (2009).

Koppensteiner/Rüffler, GmbHG-Kommentar³ (2007).

Koziol, Grundlagen und Streitfragen der Gläubigeranfechtung (1991).

Krejci/Bydlinski/Webe-Schallauer (Hrsg.), Vereinsgesetz 2002 Kurzkommentar² (2009).

Leitner (Hrsg.), Handbuch verdeckte Gewinnausschüttung (2010).

Napokoj, Praxishandbuch Spaltung (2008).

Nunner-Krautgasser, Schuld, Vermögenshaftung und Insolvenz (2007).

Pechstein, Entscheidungen des EuGH⁵ (2009).

Reichmayer, Die Idee der Gläubigeranfechtung (1913).

Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung bei AG, GmbH sowie GmbH&CoKG (2004).

Reich-Rohrwig, Das österreichische GmbH-Recht in systematischer Darstellung² (1996).

Ruppe/Swoboda/Nitsche (Hrsg.), Die Abgrenzung von Eigenkapital und Fremdkapital (1987).

Rüffler, Haftung für fehlerhafte Kapitalmarktinformationen und Kapitalerhaltung, in FS *Straube* (2009).

Saurer, Leveraged Management Buy-Out (1995).

Schimpl, Kapitalerhaltung und Gewinnausschüttung bei Einbringung (2011).

Ulmer/Habersack/Winter (Hrsg.), Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung⁹ (2005).

Untergrabner, Mindestkapital und Kapitalerhaltung bei der GmbH im Lichte europaweiter Tendenzen (2009).

Walter, Umgründungssteuerrecht⁷ (2008)

Widhalm-Budak, Handbuch Anfechtungsrecht (2008).

Zeitschriften, Aufsätze

Bollenberger, Zugriff auf Stiftungsvermögen, *Ecolex* 2006, 641.

Bollenberger/Kellner, Vorrang der Gläubigeranfechtung gegenüber der Kapitalerhaltung, *ÖBA* 2011, 407 (mit Anm *Karollus*).

Braumann, Gewinnscheine und Anlegerschutz, *ÖBA* 1984 401 ff.

Dellinger, Konkursanfechtung als Korrektiv des Eigenkapitalersatzrechts in der Konzerninsolvenz, *ZIK* 1996, 151.

Eckert, Emittentenhaftung für fehlerhafte Kapitalmarktinformation und aktienrechtliche Kapitalerhaltung, *GesRZ* 2010, 88.

Fleck, Der Grundsatz der Kapitalerhaltung- seine Auswirkungen und seine Grenzen, in *Luttner/Ulmer/Zöllner*, FS 100 Jahre GmbHG (1992) 391.

Foglar-Deinhardstein/Aburumieh, Kapitalentsperrung über die Grenze, *GesRZ* 2009, 343.

Graf, OGH verteidigt Prospekthaftung, *ecolex* 2011, 599.

Greindl, Verbotene Einlagenrückgewähr bei Umgründungen im Konzern, *RdW* 1999, 765.

Gruber, Kapitalmarktinformationshaftung und der Aktiengesellschaft und Kapitalerhaltungsgrundsatz (Teil II), *JB* 2007, 91.

Harrer, Zivilrechtliche Irritationen im Kapitalmarktrecht, *ZFR* 2011, 9.

Hügel, OLG Wien zur Einlagenrückgewähr und Kapitalaufbringung bei Umgründungen, *RdW* 1197, 580.

Jud, Haftung nach § 15 Abs 1 SpaltG im Konkurs der Hauptschuldnerin, *NZ* 2003/47.

Kalss, Ausgewählte Fragen zu Kapitalmaßnahmen in *Konecny* (Hrsg.), *Insolvenz-Forum* 2008 (2009) 201.

Kalss, Das Austrittsrecht als modernes Instrument des Kapitalgesellschaftsrechts, *wbl* 2001, 366.

Kalss, Gläubigerschutz bei Verschmelzungen von Kapitalgesellschaften, *ZGR* 2009, 74.

Kalss, Gläubigerschutz bei Verschmelzungen in *Konecny* (Hrsg.), *Insolvenz Forum* 2010 (2011).

Kalss/Eckert, Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht in *Kodek/Konecny* (Hrsg.), *Insolvenz-Forum* 2007 (2008).

Kalss/Eckert, Gläubigergefahren bei Umgründungen von Kapitalgesellschaften. *GesRZ* 2008, 81 ff.

Kalss/Schauer, Anlegerschutz und nachrangiges Kapital, ÖBA 2002, 347.

Karollus, Einlagenrückgewähr und verdeckte Gewinnausschüttung im Gesellschaftsrecht in *Leitner* (Hrsg.), Handbuch verdeckte Gewinnausschüttung (2010) 13.

Karollus, Gläubigerschutz bei der Privatstiftung in *Gassner* (Hrsg.), Privatstiftungen (2000) 43 ff.

Karollus, Kapitalersetzende Leistungen, jüngste Entwicklungen und Zukunftsperspektiven, ÖBA 1997, 105.

Karollus, Nochmals: Haftung für fehlerhafte Kapitalmarktinformation und Kapitalerhaltung in der AG, ZFR 2010, 50.

Karollus, Vorrang der Gläubigeranfechtung gegenüber der Kapitalerhaltung, ÖBA 2011, 407.

Karollus/Lauss/Kutos, Kapitalerhaltung und Verbot der Einlagenrückgewähr im Spaltungsgesetz, SWK 8/2000, W 24.

Kodek, Einlagenrückgewähr – ausgewählte neuere Judikatur in *Konecny* (Hrsg.), Insolvenz Forum 2010 (2011).

Koppensteiner, Verschmelzung und Vermögensbildung, wbl 1999, 335.

Koppensteiner/Rüffler, Die Bestellung von Sicherheiten durch eine Kapitalgesellschaft für Verbindlichkeiten ihrer Gesellschafter, GesRZ 1999, 99.

Koziol, Anfechtbarkeit von Ergänzungskapital wegen List, ÖBA 1999, 231.

Koziol, Widerrechtliche Handlung als anfechtbare Rechtshandlung im Sinne des §§ 1 AnfO, 27 KO, ZIK 1997, 134 ff.

König, Aus dem Aktualitätenkino des Konkursanfechtungsrechts in *Kodek/Konecny* (Hrsg.), Insolvenz-Forum 2007 (2008).

König, Änderungen im Anfechtungsrecht in *Konecny* (Hrsg.), IRÄG 2010, ZIK Spezial (2010) 91.

Krejci, Anlegerschutz des Aktionärs, Kapitalerhaltung und fehlerhafte AG, GesRZ 2011, 193.

Krejci, Zum GmbH- rechtlichen Ausschüttungsverbot, WBI 1993, 271.

Mühllehner, Verbotene Einlagenrückgewährt bei Spaltungen zur Aufnahme, RdW 1998, 40.

Napokoj, Bestandschutz eingetragener Verschmelzungen, GeS 2007, 231.

Napokoj, Gläubigerschutz bei der Spaltung in *Konecny* (Hrsg.), Insolvenz Forum 2010 (2011).

Nowotny Ch., Gebundene Rücklagen, GesRZ 1996, 68 ff.

Nowotny Ch., Kapitalerhaltung bei Verschmelzungen und Spaltungen, RWZ 2000, 97.

Nowotny G., Umgründungsrecht wohin? Oder der Hilferuf eines Firmenbuchrichters, ecolex 2000, 118.

Lwowski/Wunderlich, Insolvenzanfechtung von Kapitalerhöhungsmaßnahmen, NZI 2008, 134.

Rebernig/Schmidsberger, Zum Vorrang des Anfechtungsrechts gegenüber den Regeln der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung, ZIK 2010, 162.

Rebernik/Schmidsberger, Zur Anfechtung von Kapitalmaßnahmen und Umgründungsvorgängen im Insolvenzverfahren in *Konecny* (Hrsg.), Insolvenz Forum 2008 (2009).

Rebernik/Schmidsberger, Zur Anfechtung von Kapitalmaßnahmen und Umgründungsvorgängen im Insolvenzverfahren, GeS 2009, 182.

Ruppe, Die Abgrenzung von Eigenkapital und Fremdkapital die steuerliche Sicht in *Ruppe/Swoboda/Nitsche* (Hrsg.), Die Abgrenzung von Eigenkapital und Fremdkapital (1987) 10.

Rüffler, Gesellschaftsrecht und Kapitalmarktrecht – Eine schwierige Beziehung, ÖBA 2011, 699.

Rüffler, Kapitalmarktrechtliche Informations- und Verhaltenspflichten als Schutzgesetz?, GES 2010, 113 ff.

Steinhart, Die Einbringung von negativen Gesellschaftsanteilen aus kapitalerhaltungsrechtlicher Sicht, RdW 2011, 119.

Ton, Verbotene Einlagenrückgewähr bei der Abspaltung zur Aufnahme im Konzern, ecolex 1999, 173.

Vökl, Anlegerschutz: OGH macht's einfach(er), wbl 2011, 474.

Wenger, Willensmängel bei Sacheinlage, RWZ 1999, 15.

Entscheidungsverzeichnis

BGH 15.12.1994, IX ZR 153/93.

BGH 09.05.2005, II ZR 287/02.

BGH 02.04.2009, IX ZR 236/07.

EuGH 09.03.1999, Rs. C-212/97 („CENTROS“), Slg. 1999, I-1459.

EuGH 30.09.2003, Rs. C-167/01 („Inspire Art“), Slg. 2003 I-10155.

OGH 04.03.1964, 7 Ob 69/64.

OGH 21.04.1965, 1 Ob 49/65.

OGH 11.02.1966, 6 Ob 287/65.

OGH 26.01.1983, 3 Ob 539/82.

OGH 21.11.1985, 7 Ob 652/85.

OGH 24.06.1987, 1 Ob 609/87.

OGH 09.03.1989, 7 Ob 534/89.

OGH 06.07.1989, 7 Ob 616/89.

OGH 11.10.1989, 1 Ob 590/89.

OGH 08.05.1991, 8 Ob 9/91.

OGH 14.07.1993, 7 Ob 548/93.

OGH 30.10.1995, 2 Ob 570/95.

OGH 23.04.1996, 1 Ob 2085/96s.

OGH 25.06.1996, 4 Ob 2078/96h.

OGH 24.07.1996, 8 Ob 2124/96b.

OGH 13.02.1997, 6 Ob 2110/96d.

OGH 13.07.1998, 7 Ob 354/97b.

OGH 11.11.1999, 6 Ob 4/99b.

OGH 13.01.2000, 2 Ob 198/98a.

OGH 20.01.2000, 6 Ob 288/99t.

OGH 24.02.2000, 6 Ob 256/99m.

OGH 28.09.2000, 8 Ob 37/00z.

OGH 24.10.2000, 4 Ob 233/00v.

OGH 17.01.2001, 6 Ob 121/00p.

OGH 26.04.2001, 6 Ob 5/01f.
OGH 19.11.2002, 4 Ob 252/02s.
OGH 29.01.2003, 7 Ob 267/02v.
OGH 26.03.2003, 6 Ob 70/03t.
OGH 22.10.2003, 3 Ob 287/02f.
OGH 26.08.2004, 6 Ob 165/04i.
OGH 03.08.2005, 9 Ob 127/04y.
OGH 26.04.2006, 3 Ob 217/05s.
OGH 14.09.2006, 6 Ob 200/06i.
OGH 24.10.2006, 10 Ob 16/06k.
OGH 12.04.2007, 2 Ob 177/06b.
OGH 07.11.2007, 6 Ob 235/07p.
OGH 07.11.2007, 6 Ob 236/07k.
OGH 29.05.2008, 2 Ob 225/07p.
OGH 05.08.2009, 9 Ob 25/08d.
OGH 15.04.2010, 6 Ob 226/09t.
OGH 26.05.2010, 3 Ob 1/10h.
OGH 26.05.2010, 3 Ob 51/10m.
OGH 01.09.2010, 6 Ob 132/10w.
OGH 15.09.2010, 2 OB 238/09b.
OGH 30.03.2011, 7 Ob 77/10i.
OGH 05.07.2011, 4 Ob 62/11p.

OLG Linz 20.12.2006, 6 R 208/06k
OLG Wien 30.05.2007, 28 R 111/04f.
OLG Wien 30.05.2007, 28 R 112/04b.

VwGH 23.03.1979, 1218/, 1287/78.
VwGH 22.10.1991, 91/14/0020.
VwGH 29.01.2003, 98/13/0055.
VwGH 27.11.2003, 99/15/0178.
VwGH 26.04.2006, 2004/14/0066.
VwGH 29.07.2010, 2006/15/0215.