

52. Jahrgang / Februar 2023 / Nr. 1

# Der Gesellschafter

Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht

Herausgegeben von  
Nikolaus Arnold und Susanne Kalss

GesRZ

## **Melanie Hollaus**

Die Verwaltungsorgane von AGs im Rechtsvergleich

## **Philipp Kapl**

Die Haftung überstimmter Vorstandsmitglieder

## **Eva Baumgartner**

Zur Auslegung von Stiftungserklärungen

## **Sebastian Pribas**

Befangenheit in vereinsinternen Schlichtungsverfahren

## **Matthias Formann**

Tagungsbericht zum 3. Österreichischen Vereinsrechtstag

## **Der praktische Fall:**

Falsche steuerliche Einschätzung und Gestaltung in Stiftungen

## **Bericht aus der Praxis:**

Fallende Wechselkure bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen

## **Aus der aktuellen Rechtsprechung**

OGH-Entscheidungen zum Gesellschaftsrecht,  
zu Genossenschaften und Privatstiftungen

## **Unternehmensrecht aktuell**

Wichtige Gesetzesvorhaben im Überblick  
Österreichische und europäische Finanzmarktaufsicht

Mitglieder, die auch gegen ihren Willen beschlossene Pflichtenvermehrungen erlaubt,<sup>21</sup> aber den Mitgliedern steht immerhin stets ein Fluchtrecht zu. Sie können sich der Pflichtenvermehrung entziehen, indem sie kündigen und ausscheiden. Auch eine Verschmelzung kann eine solche Pflichtenvermehrung begründen (zB weil die Beitrags- und Nachschusspflicht bei der übernehmenden Genossenschaft höher oder die Aktualisierung der Nachschusspflicht aufgrund einer schlechteren wirtschaftlichen Lage der übernehmenden Genossenschaft wahrscheinlicher ist als bei der übertragenden). Deshalb können zumindest jene Mitglieder, die gegen die Verschmelzung gestimmt und Widerspruch zu Protokoll erklärt haben (§ 9 Abs 1 Z 1 GenVG), sowie jene Mitglieder, die nicht erschienen sind, wenn sie zu Unrecht nicht zugelassen wurden, die Versammlung nicht gehörig berufen wurde oder die Beschlussfassung über die Verschmelzung nicht gehörig angekündigt worden ist (§ 9 Abs 1 Z 2 GenVG), außerordentlich kündigen. Eine solche außerordentliche Kündigung hat dann nach § 10 GenVG zur Folge, dass die Mitgliedschaft in der übernehmenden Genossenschaft gar nicht erst als erworben gilt. Dies wiederum ist die Voraussetzung dafür, dass die Mitglieder, die durch eine solche außerordentliche Kündigung ausscheiden, auch dann nicht nachschusspflichtig werden, wenn die übernehmende Genossenschaft schon binnen drei Jahren nach Eintragung des Ausscheidens im allein fortzuführenden Mitgliederverzeichnis der übernehmenden Genossenschaft in Konkurs geht oder liquidiert wird.

Der OGH führt zu den Überlegungen des Revisionsrekurswerbers zutreffend aus, dass das beschriebene Fluchtrecht der Mitglieder keinen entscheidenden Unterschied macht. Dafür spricht neben dem vom OGH hervorgehobenen Umstand, dass auch Gesellschafter einer übertragenden Kapitalgesellschaft gem § 224 AktG auf den Erwerb der Anteilsrechte an der übernehmenden Kapitalgesellschaft verzichten können, noch ein weiterer Gedanke: Das Fluchtrecht wird nie jenen Mitgliedern eingeräumt, die ohnehin mit mindestens einer Zweidrittelmehrheit für die Verschmelzung gestimmt haben oder einfach nicht zur Abstimmung erschienen sind. Die Mehrheit muss daher immer dabeibleiben und das macht das Bild vom Fortleben trotz des mit der Verschmelzung verbundenen Fluchtrechts plausibel.

Auf einer anderen Ebene liegt im Übrigen eine weitere Besonderheit des Genossenschaftsrechts, nämlich der Umstand, dass bisher angenommen wurde, die Mitgliedschaft in einer Genossenschaft bei Verschmelzung eines Mitglieds als übertragende Gesellschaft gehe nicht automatisch auf die übernehmende Genossenschaft über. Die vorliegende Entscheidung und die ganze Rechtsprechungsweise haben damit nicht unmittelbar etwas zu tun, aber dennoch wird man beobachten müssen, ob es auch in dieser Frage in der Rspr mit ähnlicher Argumentation zu einer abweichenden Beurteilung kommt.<sup>22</sup>

Markus Dellinger

Univ.-Prof. Dr. Markus Dellinger ist Syndikus des Österreichischen Raiffeisenverbands und lehrt am Institut für Unternehmensrecht der Johannes Kepler Universität Linz.

## Insolvenzrecht

### Zur Gläubigeranfechtung bei einer Einbringung in eine Tochtergesellschaft

§ 28 Z 1 und 2, § 29 Z 1 und § 39 Abs 1 IO

#### 1. Die Einbringung eines Teilbetriebs in eine Gesellschaft, an der der Einbringende unmittelbar oder mittelbar allein

<sup>21</sup> Beuthien, GenG<sup>16</sup> (2018) § 18 Rz 53 ff; Dellinger, GesRZ 2014, 184 (186); zum Fluchtrecht bei Pflichtenvermehrung auch Dellinger in Dellinger, GenG<sup>2</sup> (2014) § 77 Rz 16; Siebenböck in Dellinger, GenG<sup>2</sup>, § 33 Rz 14 ff.

<sup>22</sup> So im deutschen Recht ausdrücklich § 77a dGenG und für Österreich je nach Ausgestaltung der Satzung Dellinger in Dellinger, GenG<sup>2</sup>, § 83 Rz 13 f; ähnlich für vinkulierte Aktien *Haberer/Zehetner in Artmann/Karollus*, AktG<sup>6</sup> (2019) § 62 Rz 30; aA aber die hM zu vinkulierten Anteilen an Kapitalgesellschaften; vgl zB OGH 29.11.2007, 1 Ob 130/07k; *Micheler in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> (2021) § 62 Rz 18.

**beteiligt ist, erfüllt den Tatbestand des § 29 Z 1 IO (unentgeltliche Verfügung) jedenfalls dann nicht, wenn die übernehmende Gesellschaft nicht überschuldet ist.**

**2. Ob eine solche Einbringung nach § 28 Z 1 IO anfechtbar ist, hängt vom Bestehen der Benachteiligungsabsicht ab.**

OGH 12.7.2022, 17 Ob 13/21t (OLG Graz 2 R 63/21h; LGZ Graz 12 Cg 11/20y)

[1] Der Kläger ist Masseverwalter im Konkurs der S. GmbH (in der Folge: Schuldnerin). Er ficht die Einbringung eines Teilbetriebs dieser Gesellschaft in die Beklagte an. Diese Einbringung war mit Vertrag vom 21.9.2017 zum Stichtag 31.12.2016 erfolgt.

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

– An der Schuldnerin waren bei Abschluss des Einbringungsvertrages Ing. H. zu 1 % und eine (inzwischen ebenfalls insolvente) H. GmbH zu 99 % beteiligt. Alleingesellschafter der H. GmbH war wiederum Ing. H.

– Alleingesellschafterin der Beklagten war bei Abschluss des Vertrages die Schuldnerin. Derzeit ist Alleingesellschafterin der Beklagten eine ungarische Gesellschaft, deren Alleingesellschafter wiederum Ing. H. ist.

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

[3] Die Gründung der Beklagten und die Einbringung des Teilbetriebs dienten der Vorbereitung des Einstiegs eines Investors. Gespräche darüber hatten im März 2017 begonnen, wobei man für Mitte September das *signing* und bald darauf das *closing* in Aussicht genommen hatte. Dann kam es jedoch zu einer Verzögerung, die der Steuerberater der Schuldnerin gegenüber Ing. H. als „kritisch“ für die Schuldnerin bezeichnete. Da das Investment „nicht vom Tisch war“, entschied Ing. H. in Absprache mit dem Steuerberater, die Einbringung des Teilbetriebs in die Beklagte „vorzuziehen“, damit beim Einstieg des Investors alles „fertig“ sei.

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

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

[6] Die Beklagte wendet ein, dass die Gläubiger durch die Einbringung wegen der dadurch bewirkten Wertsteigerung des Geschäftsanteils nicht benachteiligt worden seien; aus demselben Grund liege auch keine unentgeltliche Verfügung vor. Auch mittelbare Benachteiligung liege nicht vor, weil (schon) der tatsächlich gezahlte Kaufpreisteil angemessen gewesen sei. Tatsächlich sei der Teilbetrieb nur 100.000 € wert gewesen. Das vom Kläger genannte Anerkenntnis sei nicht konstitutiv gewesen und habe sich zudem nur auf das erste Insolvenzverfahren bezogen. Die

Beklagte habe auf den Teilbetrieb Aufwendungen gemacht, die sie gegen das Herausgabebegehren „aufrechnungsweise“ einwende.

- ▶ [7] Das Erstgericht sprach aus, dass die Klageforderung zu Recht und die Gegenforderung nicht zu Recht bestehe. Auf dieser Grundlage gab es dem Klagebegehren in der Hauptsache ... statt ...
- ▶ [8] Das Berufungsgericht sprach mit Zwischenurteil aus, dass das Klagebegehren dem Grunde nach zu Recht bestehe, und ließ die ordentliche Revision nicht zu.
- ...
- ▶ Der OGH hob die Urteile der Vorinstanzen auf und trug dem Erstgericht die neuerliche Entscheidung auf.

Aus der Begründung des OGH:

[13] 1. § 29 IO kann den Anfechtungsanspruch nicht tragen.

[14] 1.1. Nach § 29 Z 1 IO sind – von hier nicht vorliegenden Ausnahmen abgesehen – „*unentgeltliche Verfügungen*“ des Schuldners anfechtbar, die er in den letzten zwei Jahren vor Insolvenzeröffnung vorgenommen hat. Als zugrunde liegende Wertung wird regelmäßig genannt, dass der unentgeltliche Erwerber weniger schützenswert sei als der entgeltlich Erwerbende (so schon die Denkschrift zur Einführung einer Konkursordnung, einer Ausgleichsordnung und einer Anfechtungsordnung [1914] 36; später *Bartsch/Pollak*, KO [1937] 187; *Koziol/Bollenberger* in *Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht I<sup>4</sup> [2000] § 29 KO Rz 2; *Rebernic* in *Konecny*, Insolvenzgesetze, § 29 IO Rz 1). *König/Trenker* (Die Anfechtung nach der IO<sup>6</sup> [2020] Rz 9.1/1) verweisen zudem darauf, dass „*Großzügigkeit*“ nicht zulasten der Gläubiger gehen dürfe.

[15] 1.2. In Rspr und Lehre wird das Vorliegen einer unentgeltlichen Verfügung *einerseits* (objektiv) durch das *Fehlen* einer konditional, kausal oder synallagmatisch verbundenen *Gegenleistung* charakterisiert (3 Ob 240/09d mwN; *König/Trenker*, aaO, Rz 9.3; *Rebernic*, aaO, § 29 IO Rz 3). *Andererseits* wird aber auch betont, dass der Tatbestand von § 29 Z 1 IO nur erfüllt ist, wenn Zweck der Leistung *Freigebigkeit* ist (RIS-Justiz RS0033054), sodass es auf den (subjektiven) *Willen des Leistenden* ankommt (3 Ob 240/09d; 3 Ob 244/09t; 3 Ob 167/11x; *König/Trenker*, aaO, Rz 9.13; *Rebernic*, aaO, § 29 IO Rz 3; *Koziol/Bollenberger*, aaO, § 29 KO Rz 4). Diese oft nebeneinanderstehenden Begründungslinien sind nicht leicht vereinbar: Einerseits soll festgestelltes Fehlen von Schenkungsabsicht die Anfechtung schon auf der Tatsachenebene ausschließen (3 Ob 167/11x); andererseits soll es für die Beurteilung der Unentgeltlichkeit (offenbar allein) auf den „*objektiven Sachverhalt*“ ankommen (9 Obs 19/89). Vermittelnd wird ausgeführt, dass ein Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung oder gar das Fehlen einer Gegenleistung Schenkungsabsicht „*indiziert*“ (*König/Trenker*, aaO, Rz 9.14; 6 Ob 175/01f). In der jüngeren Lehre scheint sich die Meinung durchzusetzen, dass „*zumindest im Zweifel*“ die „*objektive Bewertung*“ maßgebend ist (*König/Trenker*, aaO, Rz 9.14; *Rebernic*, aaO, § 29 IO Rz 6; vgl für das deutsche Recht *Klinck*, Die Anfechtung unentgeltlicher Leistungen im Spiegel der jüngsten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, ZIP 2017, 1589 ff).

[16] 1.3. Auf dieser Grundlage ist die hier strittige Einbringung eines Teilbetriebs ohne Gewährung neuer Anteile zu beurteilen.

[17] (a) Diese Vorgangsweise wird steuerrechtlich in § 19 UmgrStG vorgezeichnet: Grundsätzlich muss die Einbringung ausschließlich gegen Gewährung von neuen Anteilen an der übernehmenden Körperschaft erfolgen, um ertragsteuerliche Nachteile (Gewinnrealisierung unter Anwendung von § 6 Z 14 lit b EStG) zu vermeiden (*P. Huber/Grün* in *Wundsam/Zöchling/Huber/Khun*, UmgrStG<sup>6</sup> [2022] § 12 Rz 18; *Furherr* in *Kofler*, UmgrStG<sup>11</sup> [2022] § 19 Rz 1). Die Gewährung neuer Anteile kann allerdings in den in § 19 Abs 2 UmgrStG genannten Fällen unterbleiben. Diese Bestimmung erfasst einerseits bestimmte Abfindungen, Zuzahlungen und Anteilsaufgaben (Z 1 bis 4), andererseits das Unterbleiben der Gewährung neuer Anteile ua dann, wenn der Einbringende – wie hier – unmittelbar oder mittelbar Alleingesellschafter der übernehmenden Körperschaft ist (Z 5).

[18] (b) Die letztgenannte Regelung wird in der gesellschaftsrechtlichen Praxis vor allem bei Ausgliederungen in Anspruch genommen, um die sonst erforderliche Anwendung der Vorschriften über die Sachgründung bzw die Kapitalerhöhung zu vermeiden (*Rüffler*, Lücken im Umgründungsrecht [2002] 422; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> [2007] § 6a Rz 3; *van Husen* in *Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG, § 6a Rz 3). Diese Vorgangsweise ist – außer bei Überschuldung des eingebrachten Teilbetriebs – gesellschaftsrechtlich unbedenklich (*Koppensteiner/Rüffler*, aaO; *van Husen*, aaO) und wird in der Rspr akzeptiert (RIS-Justiz RS0115150).

[19] (c) Richtig ist, dass der 6. Senat des OGH die dargestellte Vorgangsweise mehrfach als „*unentgeltliche*“ Zuwendung bezeichnet hat (6 Ob 4/01h; weitere Entscheidungen in RIS-Justiz RS0115149). Allerdings hat er gleichzeitig darauf hingewiesen (6 Ob 4/01h; weitere Entscheidungen in RIS-Justiz RS0115150), dass „*die übertragende Gesellschaft aufgrund ihrer unmittelbaren oder mittelbaren Beteiligung an der übernehmenden Gesellschaft keine Vermögenseinbußen erleidet ... Die Aufgabe des Eigentums am eingebrachten Betrieb wird durch die Erhöhung des Werts der Beteiligung ... an der übernehmenden Gesellschaft ausgeglichen (Hügel, Umgründungsbilanzen, Rz 4.60). Eine Einlagenrückgewähr erfolgt nicht. Den Gläubigern wird weder Haftungsvermögen noch der Schuldner entzogen, weil durch die Einbringung – wie eingangs schon ausgeführt – keine Gesamtrechtsnachfolge bewirkt wird.*“

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

[21] (d) Diese Auffassung wird in der gesellschaftsrechtlichen Lehre geteilt (*Stanek*, Die Kapitalerhaltung bei Einbringungen ohne Anteilsgewähr gemäß § 19 Abs 2 Z 5 UmgrStG, GesRZ 2018, 158 [159] mwN; idS schon *Rüffler*, aaO, 423): Bei der Einbringung kommt es zu keiner Vermögenseinbuße des übertragenden Alleingesellschafters, da das eingebrachte Vermögen in Höhe seines Verkehrswerts den Beteiligungsansatz an der Tochtergesellschaft erhöht. Es liegen daher nur eine betraglich neutrale Umschichtung des abgehenden Verkehrswerts auf den Beteiligungsansatz der Tochter und somit keine Vermögenseinbuße vor. Ähnlich wird aus steuerrechtlicher Sicht ausgeführt, dass der Einbringende unverändert am eingebrachten Vermögen beteiligt sei, eine Änderung

ergebe sich nur in der gesellschaftsrechtlichen Struktur (UmgrStR 2002, Rz 1062). Insb komme es zu keiner Verschiebung stiller Reserven, weil diese aufgrund der Beteiligung weiter dem Einbringenden zuzurechnen seien (UmgrStR 2002, Rz 1061 und 1063; *Furherr*, aaO, § 19 Rz 81).

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

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

[24] (g) Entschiede man anders, wäre jede in den letzten zwei Jahren vor Insolvenzeröffnung nach § 19 Abs 2 Z 5 UmgrStG erfolgte Einbringung ohne weitere subjektive Voraussetzungen anfechtbar.

[25] Dafür fehlte eine sachliche Rechtfertigung. Denn wäre dieselbe Einbringung anlässlich einer Gründung oder Kapitalerhöhung (§ 52 GmbHG) erfolgt und daher mit der Übernahme von Stammanteilen verbunden gewesen, bestünde wegen der dann erbrachten Gegenleistung der Gesellschaft kein Zweifel an der Entgeltlichkeit (*Trenker*, Insolvenzanfechtung gesellschaftsrechtlicher Maßnahmen [2012] 171; ebenso für das deutsche Recht *Gleim*, Ist die Übertragung von Vermögensgegenständen (assets) durch eine Gesellschafterin auf ihre (Tochter-)GmbH nach § 134 InsO anfechtbar? ZIP 2017, 1000 [1003 f]). Die wirtschaftlich in jeder Hinsicht gleichwertige Vorgangsweise nach § 19 Abs 2 Z 5 UmgrStG muss – anders als von *Gleim* (ZIP 2017, 1004 ff) angenommen – zur Vermeidung eines Wertungswiderspruchs gleichbehandelt werden. Ob das auch bei Überschuldung der übernehmenden Gesellschaft gilt, kann hier offenbleiben.

[26] 1.4. Als Zwischenergebnis ist daher festzuhalten, dass die Einbringung eines Teilbetriebs in eine Gesellschaft, an der der Einbringende unmittelbar oder mittelbar allein beteiligt ist, den Tatbestand des § 29 Z 1 IO jedenfalls dann nicht erfüllt, wenn – wie im hier zu beurteilenden Fall – die übernehmende Gesellschaft nicht überschuldet ist.

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

[28] 2.1. Nach dieser Bestimmung sind Rechtshandlungen anfechtbar, die der Schuldner in den letzten 10 Jahren vor der Insolvenzeröffnung in der dem anderen Teil bekannten Absicht vorgenommenen hat, seine Gläubiger zu benachteiligen.

Die Anfechtung setzt daher einerseits die (objektive) *Benachteiligung* der Gläubiger und andererseits die darauf gerichtete *Absicht* der für den Schuldner handelnden Person – hier also des Ing. H. – voraus. Weiters muss diese Absicht dem anderen Teil *bekannt* sein.

[29] Lag Absicht vor, wäre das letztgenannte Erfordernis hier jedenfalls erfüllt, weil Ing. H. die Rechtshandlung als Vertreter beider Teile vorgenommen hat. Sein Bewusstseinsstand ist daher auch der Beklagten zuzurechnen (7 Ob 534/89; *König/Trenker*, aaO, Rz 7.46). Damit spielt die in der Klage ebenfalls erwähnte Anfechtung nach § 28 Z 2 IO (bloßes Kennen-Müssen der Benachteiligungsabsicht) keine eigenständige Rolle.

[30] 2.2. Nach der Rspr trifft den Verwalter die Beweislast für die *Gläubigerbenachteiligung* nur bei jenen Anfechtungstatbeständen, in denen sie ausdrücklich als Anfechtungserfordernis genannt wird (4 Ob 306/98y, SZ 71/210; RIS-Justiz RS0111465; RS0111464). Daraus wird abgeleitet, dass der Beweis der Nachteiligkeit für die Anwendung von § 28 Z 1 IO nicht erforderlich ist (*König/Trenker*, aaO, Rz 7.50; *Rebernig*, aaO, § 28 IO Rz 10 – beide mwN).

[31] Ungeachtet dessen ist schon hier festzuhalten, dass die Einbringung im Einzelfall dazu führen kann, dass Gläubiger der übernehmenden Gesellschaft vorrangig auf das eingebrachte Vermögen zugreifen, was zulasten der Gläubiger des Einbringenden ginge; diesen ist der unmittelbare Zugriff auf die Vermögenswerte verwehrt. Weiters benachteiligt die Einbringung eines Teilbetriebs in eine Gesellschaft im Regelfall auch deswegen die Gläubiger des Einbringenden, weil die exekutive Verwertung eines Geschäftsanteils schwieriger ist als jene von körperlichen Sachen (so ausdrücklich 3 Ob 51/10m; *König/Trenker*, aaO, Rz 5.24 [unter dem Titel „Befriedigungstauglichkeit“]; *Trenker*, aaO, 162 ff; ebenso die hA in Deutschland; vgl *Kayser/Freudenberg* in MünchKomm InsO<sup>4</sup>, § 129 Rz 132).

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

[33] 2.3. Auf dieser Grundlage ist nach dem derzeitigen Stand des Verfahrens Gläubigerbenachteiligung anzunehmen. Fraglich ist allerdings die nach § 28 Z 1 IO erforderliche *Benachteiligungsabsicht*.

[34] (a) Dabei genügt nach stRspr bedingter Vorsatz; der Handelnde muss daher die Benachteiligung der Gläubiger (nur) ernstlich für möglich halten und sich damit abfinden (RIS-Justiz RS0043680; *König/Trenker*, aaO, Rz 7.26; *Rebernig*, aaO, § 28 IO Rz 12 – beide mwN). Ob das zutrifft, ist grundsätzlich eine Tatfrage (RIS-Justiz RS0043680); rechtliche Be-

urteilung ist nur, ob die festgestellten Vorstellungen des Handelnden als Benachteiligungsabsicht iSd § 28 KO zu werten sind (RIS-Justiz RS0064178). Die Beweislast trifft den Kläger (RIS-Justiz RS0064172).

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

[36] 3. Diese Erwägungen führen zur Aufhebung in die erste Instanz.

[37] 3.1. Das Erstgericht wird konkrete Feststellungen zur vom Kläger behaupteten Benachteiligungsabsicht zu treffen haben. Dabei ist insb von Bedeutung, wie realistisch der Einstieg des Investors noch war und ob aufgrund der schlechten wirtschaftlichen Situation der Schuldnerin nicht doch auch die zumindest temporäre Vereitelung von Vollstreckungsmaßnahmen ein (weiteres) Motiv für die Einbringung bildete. Ob dafür eine Ergänzung des Verfahrens erforderlich ist, bleibt der Beurteilung der Vorinstanzen überlassen. Wird Benachteiligungsabsicht (zumindest iSv *dolus eventualis*) festgestellt, bestünde der Anspruch dem Grunde nach zu Recht.

[38] 3.2. Zur Klarstellung ist idZ festzuhalten, dass sich zwar eine mittelbare Benachteiligung der Gläubiger auch daraus ergeben könnte, dass die Schuldnerin den Geschäftsanteil an der Beklagten später an eine ungarische Gesellschaft übertrug. Sowohl die Benachteiligungsabsicht als auch deren Kenntnis müssen aber im Zeitpunkt der angefochtenen Rechtshandlung (hier also: der Einbringung) vorliegen (RIS-Justiz RS0064273; *König/Trenker*, aaO, Rz 7.26; *Rebernik*, aaO, § 28 IO Rz 21 und 27 – beide mwN). Angesichts der zeitlichen Abfolge ist es kaum vorstellbar, dass Ing. H. zu diesem Zeitpunkt, also noch vor dem ersten Insolvenzverfahren, schon den nach dessen Aufhebung erfolgten Verkauf und dessen allenfalls nachteilige Folgen für die Gläubiger bedacht haben könnte.

3.3. und 4. ...

#### Anmerkung:

1. Zum leichteren Verständnis kurz der wesentliche Teil des Sachverhalts: Die S. GmbH brachte im September 2017 einen Teilbetrieb in ihre 100%ige Tochtergesellschaft ein. Die Einbringung erfolgte nach Art III UmgrStG rückwirkend zum Stichtag 31.12.2016 unter Verzicht auf die Gewährung neuer Anteile an der übernehmenden Gesellschaft (§ 19 Abs 2 Z 5 UmgrStG). Ob es zu einer Firmenbucheintragung der Übertragung des Teilbetriebs gekommen ist, ist dem Sachverhalt nicht zu entnehmen. Einer solchen kommt allerdings ohnedies nur deklarative Wirkung zu (OGH 2.2.2022, 6 Ob 219/21f, Rn 6).

Über das Vermögen der S. GmbH wurde zuerst am 2.11.2017 ein Sanierungsverfahren ohne Eigenverwaltung eröffnet, das am 22.5.2018 nach Bestätigung eines Sanierungsplans aufgehoben wurde. Am 3.4.2019 wurde neuerlich ein Insolvenzverfahren eröffnet und ein Masseverwalter bestellt.

Der Masseverwalter im Konkurs der S. GmbH ficht mit seiner Klage die Einbringung des Teilbetriebs nach § 28 Z 1 und 2 IO und § 29 Z 1 IO an.

2. Wesentlich für die Praxis sind vor allem die folgenden Aussagen des OGH bzw weiterführende Überlegungen:

2.1. Die Einbringung eines Teilbetriebs in eine übernehmende Gesellschaft, an der die einbringende Gesellschaft direkt oder indirekt allein beteiligt ist (dh in eine direkte oder indirekte 100%ige Tochtergesellschaft), erfüllt den Anfechtungstatbestand des § 29 Z 1 IO (unentgeltliche Verfügung) grundsätzlich nicht. Etwas anderes könnte nur dann gelten, wenn die übernehmende Gesellschaft überschuldet ist.

2.2. Eine (unzulässige) Einlagenrückgewähr könnte umgekehrt vorliegen (was nach dem Sachverhalt aber nicht der Fall war), wenn der eingebrachte Teilbetrieb überschuldet wäre (*Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> [2007] § 6a Rz 3; *van Husen* in *Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG, § 6a Rz 3). Die übertragende Gesellschaft würde sich diesfalls zulasten der übernehmenden Gesellschaft ihrer Verbindlichkeiten begeben. Der Vollständigkeit halber sei festgehalten, dass bei Übertragung eines negativen Teilbetriebs auch die Steuerbegünstigungen des Art III UmgrStG gar nicht in Anspruch genommen werden könnten. Nach § 12 Abs 1 UmgrStG ist Voraussetzung für eine Einbringung nach Art III UmgrStG, dass das Vermögen am Einbringungstichtag, jedenfalls aber am Tag des Abschlusses des Einbringungsvertrages, für sich allein einen positiven Verkehrswert besitzt (siehe weiterführend *Furherr* in *Kofler*, UmgrStG<sup>3</sup> [2014] § 12 Rz 186).

2.3. Wie der OGH in Rn 25 der vorliegenden Entscheidung zutreffend ausführt, kann es keinen Unterschied für die Frage der Anfechtung machen, ob ein Teilbetrieb (oder sonstiger Vermögenswert) von der Muttergesellschaft in die Tochtergesellschaft mit oder ohne Gewährung neuer Anteile eingebracht wird.

Unentgeltlichkeit oder Teilunentgeltlichkeit könnte mE aber dann vorliegen, wenn das Äquivalenzprinzip (insb bei abweichenden Beteiligungsverhältnissen) nicht gewahrt ist. Typischerweise wäre dies aber auch mit einer Einlagenrückgewähr verbunden.

3. Nach § 28 IO (Anfechtung wegen Beteiligungsabsicht) sind ua alle Rechtshandlungen, die der Schuldner in der dem anderen Teil bekannten Absicht, seine Gläubiger zu benachteiligen, in den letzten 10 Jahren vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen hat, anfechtbar. Bei Geschäftsführeridentität wird die Kenntnis der übernehmenden Gesellschaft typischerweise anzunehmen sein, wenn die einbringende Gesellschaft eine derartige Absicht gehabt hätte (siehe im konkreten Fall Rn 29 der vorliegenden Entscheidung).

Offen bleibt im vorliegenden Fall, ob eine Anfechtung wegen Gläubigerbenachteiligung nach § 28 Z 1 IO gerechtfertigt ist. Wesentlich sind dafür einerseits die objektive Benachteiligung der Gläubiger und andererseits die darauf gerichtete Absicht.

4. Werden positive Vermögenswerte von der Muttergesellschaft in die Tochtergesellschaft eingebracht (und ist die Tochtergesellschaft nicht etwa überschuldet), führt dies insoweit zu keiner unmittelbaren Benachteiligung der Gläubiger der Muttergesellschaft, als die Beteiligung an der Tochtergesellschaft im Wert steigt. Es entspricht allerdings hA, dass die Einbringung eines Teilbetriebs in eine Gesellschaft im Regelfall auch deswegen die Gläubiger des Einbringenden benachteiligt, weil die exekutive Verwertung eines Geschäftsanteils schwieriger ist als jene von körperlichen Sachen (siehe die weiteren Nachweise in Rn 31 der vorliegenden Entscheidung). Im Einzelfall kann sich aber auch Gegenteiliges erweisen (Rn 32 der vorliegenden Entscheidung).

Gerade dann, wenn der Teilbetrieb als solcher bestehen bleiben soll und wirtschaftliche Gründe für die Einbringung gegeben sind (etwa Synergieeffekte, positive steuerliche Auswirkungen, Zusammenführung verschiedener Unternehmensteile), wird – von Sonderkonstellationen abgesehen – mE typischerweise nicht von einer Benachteiligung und auch von keiner Benachteiligungsabsicht auszugehen sein. Die Zusammenfassung zusammengehöriger Unternehmensbereiche in einer Gesellschaft kann den Wert erhöhen und die Veräußerung des gesamten Geschäftsanteils sogar erleichtern (statt eine Einzelverwertung zu erschweren). Eine Einzelverwertung beweglicher Teile des Teilbetriebs setzt typischerweise eine

Zerschlagung des Teilbetriebs voraus und führt damit meist sogar zu einem geringeren Wert als eine Fortführung funktionierender zusammenhängender Vermögensbestandteile.

5. Ob eine Benachteiligungsabsicht, für die bedingter Vorsatz ausreicht (Rn 34 der vorliegenden Entscheidung), gegeben war, wird im fortgesetzten Verfahren zu klären sein.

Nikolaus Arnold

Dr. Nikolaus Arnold ist Rechtsanwalt in Wien.

## Privatstiftung

### Unzulässigkeit einer „Wandlungsklausel“ (Zustimmungs- bzw Anhörungsrecht) bei aufsichtsratsähnlichem Beirat in einer Privatstiftung

§§ 9, 10, 14 und 23 PSG  
§ 15 FBG

1. Die einen (zumindest) aufsichtsratsähnlichen Beirat betreffende Klausel „Wenn und solange das Zustimmungrecht des Beirats im Hinblick auf dessen Besetzung gegen zwingende Bestimmungen des PSG und/oder deren Auslegung durch den OGH verstoßen sollte, ändert sich das Zustimmungrecht des Beirats in ein Anhörungs- und Empfehlungsrecht.“ ist unzulässig.
2. Aufgrund der sich aus dieser Klausel ergebenden Unklarheit fehlt es an der erforderlichen (klaren) „groben Umschreibung der Kompetenzen“ des Beirats, der daher nicht wirksam als Organ iSv § 9 Abs 2 Z 4 PSG „eingerrichtet“ ist.
3. Andernfalls wäre durch die vage, in ihrer Bedeutung „offene“ Formulierung die Prüfung der Zulässigkeit von Bestimmungen der Stiftungserklärung dem Firmenbuchgericht, dessen wesentliche Kernaufgabe dies aber ist, tatsächlich entzogen und sie würde in unzulässiger Weise auf den Rechtsanwender (vor allem den Vorstand) verlagert.
4. Offen bleibt, ob der Beirat nicht nur aufsichtsratsähnlich, sondern auch vorstandsähnlich ist.

OGH 18.11.2022, 6 Ob 174/22i (OLG Innsbruck 3 R 42/22h; LG Feldkirch 12 Fr 27/22f)

[1] Die J. Privatstiftung ist seit 20.1.2004 im Firmenbuch ... eingetragen. Der Stiftungszweck ist Vermögensverwaltung.

[2] Mit zwei Notariatsakten vom 21.12.2021 wurden die Stiftungsurkunde und die Stiftungszusatzurkunde von der dazu seit dem Ableben des Erststifters berechtigten Zweitstifterin durchgreifend geändert und gänzlich neu gefasst.

Die neugefasste Stiftungsurkunde, deren Eintragung begehrt wird, lautet auszugsweise:

„VI. Begünstigte

1. Nachdem der Erststifter ... verstorben ist, ist Erstbegünstigte nunmehr die Zweitstifterin ... Sie bestimmt selbst nach Maßgabe der Regelungen in der Stiftungszusatzurkunde über die Art und das Ausmaß der Zuwendungen an sie.

...

VIII. Organe der Stiftung

1. Organe der Stiftung sind:

- a) der Stiftungsvorstand
- b) der Beirat und
- c) der Stiftungsprüfer

...

IX. Zusammensetzung des Stiftungsvorstands

...

2. a) Die Bestellung der Stiftungsvorstandsmitglieder erfolgt durch Beschluss des Beirats. Der Beirat ist jedoch auf Grundlage eines entsprechenden Beiratsbeschlusses auch berechtigt, die Bestellung von Stiftungsvorstandsmitgliedern durch das Gericht gemäß § 27 Abs 1 PSG zu beantragen.

...

e) Vor Ablauf der Funktionsperiode kann ein Mitglied des Stiftungsvorstands nur aus wichtigem Grund abberufen werden. Diese Abberufung obliegt – unbeschadet der Bestimmungen des nachfolgenden Absatzes lit g) – dem Beirat. Für die Abberufung ist eine Mehrheit von mindestens drei Vierteln der abgegebenen Stimmen erforderlich; hat der Beirat weniger als vier Mitglieder, so ist Stimmeneinhelligkeit erforderlich (§ 14 Abs 3 PSG).

f) Soll in einem solchen Fall der Stiftungsvorstand oder eines seiner Mitglieder aus anderen als den in § 27 Abs 2 Z 1 bis 3 PSG angeführten Gründen abberufen werden, so darf Begünstigten, deren Angehörigen (§ 15 Abs 2 PSG) und Personen, die von Begünstigten oder deren Angehörigen mit der Wahrnehmung ihrer Interessen im Organ gemäß § 14 Abs 2 PSG beauftragt wurden, bei dieser Entscheidung insgesamt nicht die Mehrheit der Stimmen zustehen (§ 14 Abs 4 PSG); käme diesen bei einer diesbezüglichen Abstimmung die Mehrheit der Stimmen zu, wird ihr Stimmrecht – auch wenn es dabei zu Bruchteilen von Stimmen kommt – dahin gehend gekürzt, dass sie zusammen lediglich über die Hälfte der Stimmen verfügen, wobei die Kürzung anteilig erfolgt; nehmen an der Abstimmung Beiratsmitglieder des genannten Personenkreises teil, denen mehr als 50 % der Stimmen zustehen, darf eine Abberufung nur aus den in § 27 Abs 2 Z 1 bis 3 PSG genannten Gründen erfolgen.

...

5. Stiftungsvorstandsmitglieder werden auf die Dauer von drei Jahren bestellt. ... Stiftungsvorstandsmitglieder können nur insoweit auf eine kürzere als auf eine dreijährige Dauer bestellt werden, als dies nach Maßgabe des Gesetzes und der oberstergerichtlichen Auslegung der diesbezüglichen Bestimmungen zulässig ist.

...

XI. Verwaltung

...

2. Der Beirat ist jederzeit berechtigt, eine Geschäftsordnung für den Stiftungsvorstand zu erlassen, die Verteilung der Geschäfte im Stiftungsvorstand vorzunehmen und über Änderungen der Geschäftsordnung zu entscheiden.

...

XII. Bericht an den Beirat

1. Der Stiftungsvorstand hat dem Beirat jährlich über die Verwaltung und über die Lage der Stiftung und der einzelnen Rechenkreise sowie dem Vorsitzenden des Beirats bei wichtigem Anlass mündlich oder schriftlich zu berichten. Der Bericht hat den Grundsätzen einer gewissenhaften und getreuen Rechenschaft zu entsprechen.

2. Spätestens innerhalb Monatsfrist vor Ende eines jeden Geschäftsjahres ist dem Beirat der Jahresvoranschlag für das kommende Geschäftsjahr zu Händen des Vorsitzenden des Beirats vorzulegen.

...

XIV. Zustimmungspflichtige Rechtshandlungen

Der Stiftungsvorstand bedarf zu bestimmten Rechtshandlungen der Zustimmung durch den Beirat; diese Beschränkung gilt jedoch nach den gesetzlichen Vorschriften nur im Innenverhältnis. Diesbezüglich wird auf die näheren Bestimmungen des 4. Abschnitts der Stiftungsurkunde verwiesen.

XV. Entlohnung des Stiftungsvorstands

1. Der Stiftungsvorstand hat Anspruch auf angemessene Vergütung im Sinne des PSG. Die Höhe der Vergütung soll sich nach dem Ausmaß der zeitlichen Beanspruchung und der Verantwortung richten und wird entsprechend diesen Grundsätzen vom Beirat bestimmt.

2. Die Höhe der geltend gemachten Ansprüche ist vom Stiftungsprüfer zu prüfen, der hierzu eine Stellungnahme abzugeben hat. Der Stiftungsvorstand ist erst nach Erhalt der zustimmenden Stellungnahme durch den Stiftungsprüfer ermächtigt, die Vergütung dem jeweiligen Vorstandsmitglied auszubezahlen.

...

Vierter Abschnitt

Beirat

...

Mit dem  
Jahresabo  
immer  
up to date!

## Der Gesellschafter

Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht

Nikolaus Arnold | Susanne Kalss

Linde  
www.lindeverlag.at

## Jetzt Abo 2023 bestellen!

### Gesellschafts- und Unternehmensrecht am Puls der Zeit

#### **Der praktische Fall**

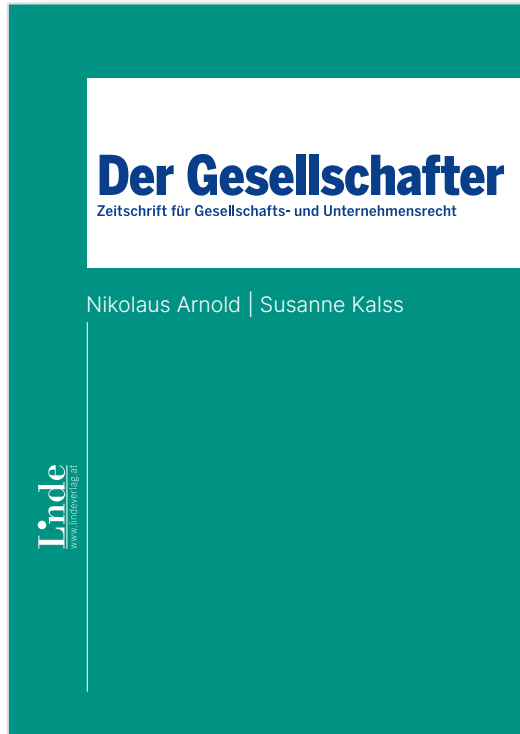
Diskussion am Puls der Zeit

#### **Für die Praxis**

Fundierte Fachinformation, kritischer Diskurs

#### **Rechtsprechung**

Judikatur des OGH, EuGH und OLG aus erster Hand



## GesRZ – Jahresabonnement 2023

### Bestellen unter:

- [www.lindeverlag.at/gesrz](http://www.lindeverlag.at/gesrz)
- [fachzeitschriften@lindeverlag.at](mailto:fachzeitschriften@lindeverlag.at)



Print & Digital: **€ 258,-**  
Preisänderung und Irrtum vorbehalten.  
(Preis inkl. MwSt., zzgl. Versandkosten)

Weitere Informationen zur Zeitschrift  
und alle Abo-Varianten finden Sie unter  
[www.lindeverlag.at/gesrz](http://www.lindeverlag.at/gesrz)