

## **Down-Stream-Merger: kein Rekursrecht des Gläubigers der übernehmenden Gesellschaft gegen Eintragung der Verschmelzung ins Firmenbuch**

ecolex 2001, 537

§ 9 AußStrG, § 18 FBG, §§ 225a, 226, 227 AktG

OGH 17.1.2001, 6 Ob 121/00 p

**Bei einer Verschmelzung down-stream steht einem Gläubiger der übernehmenden Gesellschaft kein Rekursrecht gegen die vom Firmenbuchgericht angeordnete Löschung der übertragenden Gesellschaft, die Übertragung deren Vermögens auf die übernehmende Gesellschaft und die Eintragung der Verschmelzung zu.**

*Eine Aktiengesellschaft (übertragende Gesellschaft) und ihre 100%ige Tochtergesellschaft (übernehmende Gesellschaft) schlossen am 23.9.1999 einen Verschmelzungsvertrag über die Übertragung des Vermögens der Mutter- auf die Tochtergesellschaft im Wege der Gesamtrechtsnachfolge ab (sogenannter „down-stream-merger“). Antragsgemäß bewilligte das Erstgericht die Eintragung der Verschmelzung. Die Eintragungen wurden am 24.11.1999 im Firmenbuch vollzogen. Das Rekursgericht wies den Rekurs einer Gläubigerin, die gegen die übernehmende Gesellschaft eine bereits klageweise geltend gemachte Forderung von rund 17,4 Mio S behauptet, als unzulässig zurück.*

### **Aus der Begründung des OGH:**

Nach stRsp gelten die §§ 1 bis 9 AußStrG auch in Firmenbuchssachen. Gemäß § 15 des Art I des BG BGBl 1991/10 (Firmenbuchgesetz, FBG) ist die Zulässigkeit der Anfechtung von Verfügungen des Firmenbuchgerichtes nach § 9 AußStrG zu beurteilen (SZ 66/24; 6 Ob 2358/96z = SZ 70/30 = NZ 1998, 182 [Kletecka] = GesRZ 1997, 107 = RdW 1997, 403 = wbl 1997, 258 = ecolex 1997, 850; 6 Ob 168/98v = GesRZ 1998, 211 = RdW 1998, 737 = ecolex 1999, 97 = wbl 1999, 36 ua). Gemäß § 9 Abs 1 AußStrG kann Rekurs erheben, wer sich durch die Verfügung

der ersten Instanz über den Gegenstand der Gerichtsbarkeit außer Streitsachen beschwert erachtet. Es steht das Rekursrecht jedem zu, dessen rechtlich geschützte Interessen, das heißt ein subjektives Recht durch den Beschluss beeinträchtigt werden. Auch gegen Eintragungsbeschlüsse des Firmenbuchgerichtes steht ein Rekursrecht nur bei Verletzung solcher subjektive Rechte zu (vgl 6 Ob 27/95 = SZ 68/185 = EvBl 1996/59 = ecolex 1996, 174 [*Reich-Rohrwig*] = NZ 1997, 96 = RdW 1996, 167 = wbl 1996, 125; 6 Ob 2/95 = NZ 1996, 277; 6 Ob 19/95 = ecolex 1995, 644 = RdW 1995, 343 = wbl 1995, 425; 6 Ob 168/98v ua). An dieser vor Inkrafttreten des FBG begonnenen Rsp hat das FBG nichts geändert (6 Ob 168/98v). Eine Beeinträchtigung bloß wirtschaftlicher - oder ideeller oder sonstiger (1 Ob 98/99i ua) - Interessen begründet hingegen kein rechtliches Interesse an der Vornahme oder - wie hier - Beseitigung einer Eintragung (6 Ob 19/95; 6 Ob 2/95; 6 Ob 2358/96z; 6 Ob 168/98v ua). Es besteht nun in Firmenbuchverfahren ein Spannungsverhältnis zwischen § 9 AußStrG einerseits und § 18 FBG andererseits, wonach Betroffener - und daher zu verständigen - nur derjenige ist, in dessen Rechtstellung einzugreifen objektiv gerade das gewollte oder doch unvermeidliche bewusste Ziel der gerichtlichen Verfügung ist (arg: "Soll ...; 6 Ob 2040/96k = JBl 1997, 187 [*Burgstaller*] = EvBl 1997/12 = GesRZ 1996, 182 mwN aus der Rsp; *Burgstaller* in Jabornegg, HGB/FBG § 15 Rz 15; § 18 Rz 3). Unbestritten wird die Rechtsmittelwerberin als Gläubigerin der übernehmenden Gesellschaft durch die nun von ihr bekämpfte Firmenbucheintragung nicht in ihren eingetragenen (Firmen)Rechten verletzt.

Die Rechtsprechung lässt indes, ausgehend von § 9 AußStrG und den Wertungen der ZPO in der Frage der Rekursberechtigung - ungeachtet der fehlenden Stellung als Betroffener iSd § 18 FBG - auch ein rechtliches Interesse gelten, das in einem anderen Verfahren nicht mehr geltend gemacht werden kann, in concreto das des Gläubigers einer Kapitalgesellschaft, die gelöscht werden soll (*Burgstaller* aaO § 15 Rz 16). Ein solches Beitrittsrecht zum Firmenbuchverfahren und damit auch ein Rekursrecht müsse auch dort anerkannt werden, wo es durch das Ergebnis des Firmenbuchverfahrens zu einer ganz erheblichen Erschwerung oder gar zur Unmöglichkeit der sonstigen Rechtsdurchsetzung (des Gläubigers) käme. Begründet wird dieses Rekursrecht des Gläubigers der Gesellschaft gegen die angeordnete Löschung, weil damit die Gesellschaft ihre organschaftliche Vertretung verliere und

ein Gläubiger, der seine Ansprüche gegen die Gesellschaft in einem schon anhängigen Verfahren betreibe, in seiner verfahrensrechtlichen Stellung beeinträchtigt werde, weil er die Bestellung eines vertretungsbefugten Organs zu veranlassen genötigt sei (6 Ob 4/88 = EvBl 1988/124 = GesRZ 1989, 104 = RdW 1988, 198 = NZ 1988, 309 = wbl 1988, 306; 6 Ob 120/97h = WBI 1997, 485; *Burgstaller* aaO § 18 Rz 4 ff), etwa eines Nachtragsliquidators (6 Ob 8/92) oder eines Prozesskurators. An dieser Auffassung wurde in der Entscheidung 6 Ob 131/00h festgehalten, daran ist auch weiter festzuhalten. Der vorliegende Fall ist damit aber entgegen dem Rechtsmittelvortrag nicht vergleichbar: Hier wird die Gläubigerin der übernehmenden, somit weiter bestehenden Gesellschaft in einem anhängigen Verfahren nicht in ihrer verfahrensrechtlichen Stellung beeinträchtigt. Auch in der Entscheidung des verstärkten Senats 8 ObA 2344/96f (SZ 71/175 = JBI 1999, 126 [*Oberhammer* 268] = GesRZ 1999, 34 [*Dellinger*] = RdW 1999, 143 = *ecolex* 1999, 176) wurde auf diese maßgebliche verfahrensrechtliche Stellung abgestellt und dazu ausgesprochen, der Prozess gegen eine beklagte Kapitalgesellschaft sei auf Begehren des Klägers fortzusetzen, wenn sie während eines anhängigen Prozesses gelöscht werde.

Mit der Eintragung der Verschmelzung bei der übernehmenden Gesellschaft geht das Vermögen der übertragenden Gesellschaft einschließlich ihrer Schulden auf die übernehmende Gesellschaft über und die übertragende Gesellschaft erlischt (§ 225a Abs 3 Z 1 und 2 AktG). Unter welchen materiellen und formellen Voraussetzungen ein down-stream-merger zulässig ist, hat der erkennende Senat in seiner Entscheidung 6 Ob 4/99b (JBI 2000, 188 = GesRZ 2000, 25 = *ecolex* 2000, 121 [*Nowotny* 116]; vgl dazu auch *Damböck/Hecht*, RdW 2000, 1 und *Fellner*, NZ 2000, 225) mit eingehender Begründung klargestellt, im Besonderen, dass das für die Eintragung der Verschmelzung zuständige Firmenbuchgericht im Rahmen seiner sich aus § 15 FBG iVm § 2 Abs 2 Z 5 AußStrG ergebenden amtswegigen Prüfpflicht die Eintragungsvoraussetzungen in formeller und materieller Hinsicht zu prüfen und allfällige Verstöße gegen Kapitalerhaltungsvorschriften wie das Verbot der Einlagenrückgewähr wahrzunehmen hat. Die Altgläubiger der übernehmenden Gesellschaft dürfen bei einer Verschmelzung down-stream nicht dadurch benachteiligt werden, dass die übertragende Gesellschaft hohe Verbindlichkeiten aufweist, die wegen der Gesamtrechtsnachfolge auf die übernehmende Gesellschaft

übergehen und die übernommenen Vermögenswerte (Aktien an der übernehmenden Gesellschaft) deshalb keinen Ausgleich schaffen, weil sie von der aufnehmenden Gesellschaft sofort an die Gesellschafter der übertragenden Gesellschaft weiterzuleiten ("auszukehren") sind. Die Gläubiger der übernehmenden Gesellschaft behalten zwar auch nach der Verschmelzung ihren Schuldner, doch treten nunmehr neue Gläubiger (der übertragenden Gesellschaft) hinzu, mit denen die bisherigen Gläubiger nun konkurrieren. Dies kann zu einer Erhöhung des Risikos dieser Gläubiger führen, weil das im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf die übernehmende Gesellschaft übergegangene Aktivvermögen der übertragenden Gesellschaft "nicht unbedingt" diese Schulden abdeckt (*Grunewald* in Lutter, *UmwG*<sup>2</sup>, § 22 Rz 4, 15; *Kalss*, Verschmelzung Spaltung Umwandlung § 226 AktG Rz 2) oder sogar - wenn das Firmenbuchgericht seine Prüfungspflicht verletzt - überhaupt kein Aktivvermögen übertragen wird. Gemäß § 226 Abs 1 erster Satz AktG idFd Art II EU-GesRÄG BGBl 1996/304 ist daher den Gläubigern der beteiligten Gesellschaften - und insoweit über den Rahmen des Art 13 der dritten Richtlinie des Rates vom 9. Oktober 1978 gemäß Art 54 Abs 3 lit g EWGV betreffend die Verschmelzung von Aktiengesellschaften (Verschmelzungs-RL) hinausgehend -, unter bestimmten Voraussetzungen Sicherheit zu leisten, soweit sie nicht Befriedigung verlangen können. Da die Rechtsmittelwerberin nach ihrem eigenen Vorbringen ihre bereits fällige Forderung gegen die übernehmende Gesellschaft bereits klageweise geltend gemacht hat, fehlt ihr tatsächlich ein Recht auf Sicherstellung (*Kalss* aaO Rz 4; *Grunewald* aaO § 22 Rz 8, 10; *Marsch-Barner* in Kallmeyer, *UmwG*, § 22 Rz 8), doch liegt die Ursache darin, dass auch die Sicherstellung nach § 226 Abs 1 AktG durch Klage (im streitigen Verfahren) gegen die übernehmende Gesellschaft geltend zu machen ist (*Kalss* aaO Rz 8 mwN); bei einem Gläubiger, der seine fällige Forderung bereits vor der Verschmelzung gegen die übernehmende Gesellschaft gerichtlich geltend machte, kann eine weitere Klage keinen weiteren Rechtsschutz gewähren und ist daher sinnlos. Ob dann der bereits geltend gemachte Anspruch durch eine einstweilige Verfügung zu sichern wäre, ist hier nicht zu entscheiden.

Entgegen den Rechtsmittelausführungen ist ein Rekurs gegen die Eintragung der Verschmelzung nicht die einzige Möglichkeit, mit der ein Gläubiger die Verletzung seiner (wirtschaftlichen) Interessen am Nichtzustandekommen der Verschmelzung

wahren kann, besteht doch jedenfalls zufolge § 227 AktG eine Schadenersatzpflicht der Verwaltungsträger der übertragenden Gesellschaft.

Wie bereits entschieden wurde, vermag die Eintragung der Löschung der inländischen Zweigniederlassung einer ausländischen Aktiengesellschaft zufolge rechtsgeschäftlicher Auflösung der Zweigniederlassung durch Einbringung des ihm zugeordnet gewesenen Betriebes in eine neue gegründete inländische Aktiengesellschaft einen Gläubiger, der im Zusammenhang mit dem Betrieb der Zweigniederlassung entstandene Forderungen behauptet, in seiner Rechtsstellung nicht unmittelbar zu berühren (6 Ob 8/85 = NZ 1986, 65; 6 Ob 7/85 = NZ 1986, 186, beide noch zur Rechtslage vor Inkrafttreten des FBG; RIS-Justiz RS0006856; *Schenk* in *Straube*, HGB I<sup>2</sup>, § 8 Rz 30). Der vorliegende Fall ist damit durchaus vergleichbar. Es besteht damit kein Beitrittsrecht des Gläubigers der Gesellschaft zum Firmenbuchverfahren und damit auch kein Rekursrecht nach § 9 Abs 1 AußStrG. Zweck des Firmenbuches ist auch nicht primär der Schutz aller möglichen Rechte von Dritten, sondern die Offenlegung von erheblichen Tatsachen und Rechtsverhältnissen der im einzelnen vorgesehenen Rechtsträger im Interesse dieser und anderer Rechtsträger selbst, sowie der Öffentlichkeit (vgl *Schenk* aaO § 8 HGB Rz 1; *Burgstaller* aaO § 18 Rz 3). Damit steht aber bei einer Verschmelzung down-stream einem Gläubiger der übernehmenden Gesellschaft kein Rekursrecht gegen die vom Firmenbuchgericht angeordnete Löschung der übertragenden Gesellschaft, die Übertragung deren Vermögens auf die übernehmende Gesellschaft und die Eintragung der Verschmelzung zu.

Mangels Vorliegens eines zulässigen Rechtsmittels ist dem Obersten Gerichtshof im vorliegenden Fall ein Eingehen auf die Frage versagt, ob die Verschmelzung tatsächlich unzulässig war [...].

**Anmerkung:**

*Die vorliegende Entscheidung setzt die Judikaturlinie des OGH zur Frage eines allfälligen Beitrittsrechtes Dritter zum Firmenbuchverfahren anderer Rechtsträger fort. Ein Rekursrecht eines Dritten besteht demnach nur bei Verletzung eigener eingetragener Firmenrechte oder bei drohender Verletzung einer*

*verfahrensrechtlichen Stellung, wie zB bei Untergang des Beklagten Prozessgegners während des laufenden Verfahrens. Nach Maßgabe dieser Kriterien kommt der OGH zum Ergebnis, dass bei einer Verschmelzung einem Gläubiger der übernehmenden Gesellschaft gegen die vom Firmenbuchgericht angeordnete Löschung der übertragenden Gesellschaft kein Rekursrecht zusteht.*

*Aus dieser Entscheidung kann wohl gefolgert werden, dass der OGH auch einem Gläubiger der übertragenden Gesellschaft ein Rekursrecht versagen würde, verweist der OGH doch insbesondere darauf, dass ein „Beitrittsrecht“ zum Firmenbuchverfahren nur dort anzuerkennen ist, wo es durch das Ergebnis des Firmenbuchverfahrens zu einer ganz erheblichen Erschwerung oder Unmöglichkeit der sonstigen Rechtsdurchsetzung des Gläubigers, namentlich durch den Verlust der organschaftlichen Vertretung des Schuldners, käme. Im Fall der Gesamtrechtsnachfolge, zu der es auch im Zivilprozeß kommt (vgl dazu Gitschthaler in Rechberger, ZPO<sup>2</sup>, § 157 Rz 10), ist dies aber im Ergebnis nicht der Fall.*

*Der OGH betont weiters – obiter – erneut die Bedeutung der Kapitalerhaltungsvorschriften bei der Verschmelzung, insbesondere beim downstream-merger (Bestätigung ecolex 2000, 121 = JBI 2000, 188 = GesRZ 2000, 25), deren Einhaltung eine vom Firmenbuchgericht amtswegig zu prüfende Eintragungsvoraussetzung darstellt.*

*Ausdrücklich offen lässt der OGH die Frage, ob ein Gläubiger, der seine fällige Forderung bereits vor der Verschmelzung gegen die übernehmende Gesellschaft gerichtlich geltend gemacht hat, seinen Anspruch allenfalls durch eine einstweilige Verfügung sichern lassen könnte.*

*Ebenfalls obiter verweist der OGH auf die Bestimmung des § 227 AktG, welche eine Schadenersatzpflicht der Verwaltungsorgane der übertragenden Gesellschaft für Schäden, die Gläubiger durch die Verschmelzung erleiden, vorsieht. Diese Bestimmung bezieht sich allerdings nur auf die Schädigung von Gläubigern der übertragenden Gesellschaft. § 227 AktG kann daher von einem Gläubiger der übernehmenden Gesellschaft nicht als Anspruchsgrundlage für Ersatzansprüche gegen Verwaltungsträger herangezogen werden.*

**Dr. Lukas Fantur**  
**Rechtsanwalt**  
**[www.fantur.at](http://www.fantur.at)**