

§§ 1068 ff
ABGB;
§ 225 a AktG;
§ 96 GmbHG;
Art 29 SE-VO

OGH
21. 1. 2020,
1 Ob 173/19a

2020/183

Verschmelzung: Gesamtrechtsnachfolge und höchstpersönliche Rechte

Bei einer Verschmelzung kommt es ipso jure zur Gesamtrechtsnachfolge der übernehmenden Gesellschaft und dem Erlöschen der übertragenden Gesellschaften. Es findet somit keine Übertragung „auf einen anderen“ iSd § 1070 ABGB statt. Ein vor der Verschmelzung zugunsten einer übertragenden Gesellschaft bestehendes Wiederkaufsrecht gem §§ 1068 ff ABGB besteht daher nach der Verschmelzung zugunsten der übernehmenden Gesellschaft weiter und kann von ihr bis zum Fristende ausgeübt werden.

Aus der Begründung:

(...)

2. Der 5. Senat hat jüngst in seiner E 5 Ob 136/19 i zur Frage, ob die Grundsätze der E 5 Ob 106/95 auch auf ein Wiederkaufsrecht anwendbar sind, wenn die verkaufende Gesellschaft als übertragende Gesellschaft mit einer weiteren Gesellschaft (...) verschmolzen wurde (...), wie folgt Stellung genommen:

„3.1 Das Wiederkaufsrecht gemäß § 1068 ABGB ist das Recht des Verkäufers, eine verkaufte Sache wieder einzulösen (zur Rechtsnatur des Wiederkaufsrechts: 5 Ob 58/17 s), und kann nach der insoweit zwingenden Bestimmung des § 1070 ABGB (RS0020238) vom Berechtigten weder auf die Erben noch auf einen anderen übertragen werden. (...)

4.1 Die Bestimmung des § 1074 ABGB, die anordnet, dass das Vorkaufsrecht weder einem Dritten abgetreten noch auf die Erben des Berechtigten übertragen werden kann, entspricht inhaltlich § 1070 ABGB. Aus ihr leitete der OGH in der E zu 5 Ob 106/95 ab, dass bei Verschmelzung das im Grundbuch zugunsten der übertragenden Gesellschaft eingetragene Vorkaufsrecht erloschen sei. (...)

4.2 Diese E ist in der Literatur insb wegen der darin enthaltenen Gleichsetzung der Vollbeendigung einer juristischen Person infolge Verschmelzung mit den gesetzlichen Folgen des Todes einer natürlichen Person auf Kritik gestoßen (vgl dazu insb *Hoyer*, NZ 1996, 220; *ders*, Persönliche Dienstbarkeiten juristischer Personen in FS Krejci II [2001] 1211 [1227 ff]; *Grünwald*, Zum Schicksal kaufvertraglicher Nebenabreden bei Verschmelzungen, RdW 1996/11, 518 [519]; *Bittner*, Umgründungen und Grundbuch, in FS Weissmann [2003] 45 [53 ff]; *Bittner/Fida/Rosam/Zwischer*, Liegenschaftserwerb durch Anteilskauf [2008] 101 f; *Hügel*, Umgründungsrechtliche Gesamtrechtsnachfolge, Dienstbarkeiten und höchstpersönliche Rechte, in FS Koppensteiner [2001] 91 [99 ff]). Diese Kritik wird insb damit begründet, dass die durch Verschmelzung (wie auch Spaltung oder Umwandlung) hervorgerufene Gesamtrechtsnachfolge nicht dem Erbfall entspreche, weil die übertragende Gesellschaft als Teil der übernehmenden Gesellschaft fortgesetzt werde (so ausdrücklich *Napokoj* in Praxishandbuch Spaltung 27; vgl auch *Hügel*, aaO 101). Das Weiterbestehen des Vorkaufsrechts bliebe dem Zufall überlassen, je nachdem wer übertragende und übernehmende Gesellschaft sei (*Bittner/Fida/Rosam/Zwischer*, aaO 102; *Hoyer*, NZ 1996, 220). (...)

4.5 Der Rechtsübergang infolge Verschmelzung ist eine besondere gesellschaftsrechtliche Form der

Gesamtrechtsnachfolge, die nur in den im Gesetz geregelten Fällen zulässig ist (vgl RS0049487). Die übertragende Gesellschaft ist, wenn sie auch als selbständige juristische Person nicht mehr existiert, in der anderen juristischen Person enthalten; alle Rechte der dann vereinigten juristischen Personen sollen dabei erhalten bleiben (so bereits 1 Ob 112/31 SZ 13/64; vgl auch 1 Ob 652/27 SZ 9/138: das schließt das Erlöschen von Rechten und Pflichten des übertragenden Rechtssubjekts aus). Die übertragende Gesellschaft wirkt damit wirtschaftlich auch nach Verschmelzung als Einheit mit der übernehmenden Gesellschaft fort. (...)

5.3 Ausgehend von diesen Überlegungen hält der erk Senat die in der E zu 5 Ob 106/95 vertretene Ansicht, die Verschmelzung führe zum Erlöschen der im Grundbuch zugunsten der übertragenden Gesellschaft eingetragenen höchstpersönlichen Gestaltungsrechte, für das Wiederkaufsrecht gem § 1068 ABGB nicht aufrecht. Mit der Verschmelzung findet keine Übertragung dieses Rechts an einen von der berechtigten Gesellschaft verschiedenen Dritten iSd § 1070 ABGB statt; das Vermögen der übertragenden Gesellschaft geht vielmehr in der übernehmenden Gesellschaft auf, sodass ein solches Gestaltungsrecht zugunsten der dann vereinten Gesellschaft fortwirkt. (...)

3.1. Diesen Erwägungen schließt sich der erk Senat an. Angesichts der vom 5. Senat dargestellten Lehre (für ein Weiterbestehen des Wiederkaufsrechts etwa auch noch *Aburumieh/Adensamer/Foglar-Deinhardstein*, Praxisleitfaden Verschmelzung [2014] 220 f VI B Rz 13 und *Stingl*, Gesamtrechtsnachfolge im Gesellschaftsrecht [2016] 15 ff) kann von einer von der BeK behaupteten „einhelligen zivilrechtlichen Literaturansicht zu § 1070 ABGB“ (wonach im Fall einer Verschmelzung das Wiederkaufsrecht der übertragenden Gesellschaft erlösche) gerade keine Rede sein. (...)

3.2. Bei einer Verschmelzung vollzieht sich – ob nach der SE-VO oder nach innerstaatlichem Recht – im Kern der gleiche Vorgang. Wie gem § 225 a Abs 3 Z 1, § 233 AktG kommt es nach Art 29 Abs 1 und 2 SE-VO („ipso jure“) zur Gesamtrechtsnachfolge der neu gegründeten bzw übernehmenden (Europäischen) Gesellschaft und dem Erlöschen der übertragenden bzw sich verschmelzenden Gesellschaften. (...)

4.1. Das Wiederkaufsrecht bestand daher nach der Verschmelzung (zugunsten der Kl) weiter und konnte von ihr bis zum Fristende ausgeübt werden.

Anmerkung:

In 1 Ob 173/19a wurde an den OGH – iZm der grenzüberschreitenden Verschmelzung einer österr AG nach Deutschland zum Zweck der Gründung einer SE – die Frage herangetragen, ob anlässlich dieser Verschmelzung ein der AG vormals eingeräumtes Wiederkaufsrecht gem § 1068 ABGB – als höchstpersönliches Recht – untergegangen, oder ob dieses Wiederkaufsrecht vielmehr im Wege der Gesamtrechtsnachfolge wirksam auf die deutsche SE übertragen worden sei.

Zweifel, dass die umgründungsrechtliche Gesamtrechtsnachfolge auch höchstpersönliche Rechte – wie insb Vorkaufs-, Wiederkaufs- und Rückverkaufsrechte, Servituten oder Vollmachten – erfasst, bestanden spätestens seit der OGH-E 5 Ob 106/95 (= NZ 1996, 215 [krit Hoyer]). In dieser E war – entgegen der Meinung von Ch. Fries (ecolex 1992, 477) – ausgesprochen worden, dass im Zuge einer Verschmelzung die Vorkaufsrechte der übertragenden Gesellschaft verloren gegangen seien. Begründet wurde dies damals damit, dass das Erlöschen einer juristischen Person dem Tod einer natürlichen Person entspreche und dass höchstpersönliche Rechte weder vererbbar noch sonst übertragbar und daher auch einer Weitergabe durch Gesamtrechtsnachfolge nicht zugänglich seien.

Dass die Parallele zum Erbrecht zu kurz greift, zeigt eindrucksvoll das Spaltungsrecht: Bei der Abspaltung kann es zur (partiellen) Gesamtrechtsnachfolge bei unverändertem Weiterbestehen der übertragenden Gesellschaft kommen – im Unterschied zur erbrechtlichen Gesamtrechtsnachfolge ist daher die umgründungsrechtliche Universalsukzession offensichtlich nicht zwingend an das Ableben bzw den Untergang einer Person geknüpft und daher schon aus diesem Grund rechtlich anders einzuordnen. In diesem Sinne hat der OGH in 5 Ob 88/05 k (= NZ 2005, 373 [Hoyer] = J. Reich-Rohrwig, ecolex 2005, 771) und in 5 Ob 55/06 h richtigerweise erkannt, dass bei einer Abspaltung zur Aufnahme persönliche Dienstbarkeiten durch Gesamtrechtsnachfolge übertragen werden können (zust Rassi in Kodek, Grundbuchsrecht² § 12 GBG Rz 90).

In 5 Ob 88/05 k konnte sich der OGH auf die von Hoyer an 5 Ob 106/95 geübte Fundamentalkritik (NZ 1996, 220; FS Krejci 1211) stützen. Hoyer hatte eindrücklich nachgewiesen, dass die Verschmelzungs- und Spaltungsvorschriften im Verhältnis zu den zivilrechtlichen Regelungen über höchstpersönliche Rechte sowohl *leges posteriores* als auch *leges speciales* und daher mit derogatorischer Kraft ausgestattet sind und dass Verschmelzungs- und Spaltungsrecht außerdem eine mit den europäischen Richtlinien zum Umgründungsrecht konforme Auslegung erfordern, wobei eine solche unionsrechtskonforme Interpretation ein automatisches Erlöschen von Rechten aus Anlass der Umgründung ausschließt.

ME kann aber auch für Fälle der umgründungsrechtlichen Gesamtrechtsnachfolge ohne europarechtlichen Hintergrund – wie etwa bei der Anwachsung gem § 142 UGB oder bei der Umwandlung einer GesbR in eine Personengesellschaft gem § 1206 ABGB – aus allgemeinen Erwägungen – zu diesen sogleich – abgeleitet werden, dass höchstpersönliche Rechte nicht verloren gehen.

Einen weiteren Schritt der Distanzierung von 5 Ob 106/95 setzte der OGH in 2 Ob 233/13 y, indem er festhielt, dass eine von einer juristischen Person erteilte Vollmacht weder durch Spaltung noch durch Verschmelzung des Vollmachtgebers erlischt. ME sind auch an die Gesellschaft gegebene Vollmachten durch Gesamtrechtsnachfolge übertragbar (Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein, Verschmelzung VI. B Rz 14).

Ganz auf dieser Linie hat der OGH nunmehr in 1 Ob 173/19 a – ebenso wie in der unmittelbar davor ergangenen E 5 Ob 136/19 i – klargestellt, dass die um-

gründungsrechtliche Gesamtrechtsnachfolge auch das Wiederkaufsrecht zugunsten einer Gesellschaft erfasst, die im Zuge einer Verschmelzung als übertragende Gesellschaft untergeht. Dies ergibt sich insb daraus, dass a) es bei Umgründungen oft keinen über die konkrete Transaktionsgestaltung hinausgehenden Grund dafür gibt, welche Gesellschaft als übertragende und welche als übernehmende Gesellschaft agiert (wobei schon in 5 Ob 124/03 a ausgesprochen wurde, dass ein Vorkaufsrecht der übernehmenden Gesellschaft auch nach einer Verschmelzung fortbesteht, sodass es eben wertungsmäßig auf die Umgründungsrichtung nicht ankommen kann – s auch 4 Ob 51/07 i; ähnlich 1 Ob 28/15 x; Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG § 101 Rz 50), b) das umgründungsbedingte Erlöschen einer Gesellschaft typischerweise ohne Liquidation erfolgt, c) die im Zuge einer Umgründung untergehende übertragende Gesellschaft wirtschaftlich in der übernehmenden Gesellschaft weiterbesteht (vgl schon Hugel in FS Koppensteiner 91 [101]; Napokoj, Spaltung² 32; ähnlich zu vinkulierten Anteilen 1 Ob 130/07 k; Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein, Verschmelzung VI. B Rz 28) und d) die Einräumung eines höchstpersönlichen Rechts an eine Gesellschaft für den Verpflichteten immer und ohne jeglichen Überraschungseffekt eine lange andauernde Beschränkung im Vermögen des Verpflichteten zur Folge haben kann, weil eine Gesellschaft kein natürliches Ende hat und keine bestimmte Dauer haben muss (vgl schon Grünwald, RdW 1996, 518 [519]; Schauer, ÖJZ 2020, 153 [158 f]; ähnlich zur langfristigen Bindung bei Syndikatsverträgen H. Foglar-Deinhardstein/Krenn, ecolex 2015, 977).

ME können angesichts der vom OGH herangezogenen Argumente alle höchstpersönlichen Rechte bei jeder Form der Umgründung mit Gesamtrechtsnachfolge automatisch auf den übernehmenden Rechtsträger übergehen und sind – mangels abweichender Vereinbarung – nicht vom Untergang bedroht (vgl Stingl, Gesamtrechtsnachfolge 15 ff; Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein, Verschmelzung VI. B Rz 13 f; Napokoj, Spaltung² 31 f). Obwohl der OGH sowohl in 5 Ob 88/05 k als auch in 5 Ob 136/19 i offengelassen hat, wie sich diese neueren E zu 5 Ob 106/95 verhalten, ist es mE nur noch eine Frage der Zeit, bis der Forderung von Hoyer entsprechend die „Rechtssätze der Entscheidung [5 Ob 106/95] aufgegeben werden“ (FS Krejci 1228).

Implizit setzt der OGH in 1 Ob 173/19 a voraus, dass die Wirkungen der Gesamtrechtsnachfolge bei einer grenzüberschreitenden Export-Verschmelzung nach österreich Recht zu beurteilen sind. Dies ist mE richtig (vgl Aburumieh/Adensamer/H. Foglar-Deinhardstein, Verschmelzung X. B Rz 6 f), wobei sich angesichts der europarechtlichen Vorgaben der GesellschaftsrechtsRL und der SE-VO auch bei Anwendbarkeit des Rechts eines anderen Mitgliedstaats auf die Folgen einer Verschmelzung keine nennenswerten Unterschiede bei den Wirkungen der Universalsukzession ergeben dürften (zur Rechtslage in Deutschland Wallentin/Bruckmüller in Wiesner/Hirschler/Mayr, HB Umgründungen Rz 222 f).

Heinrich Foglar-Deinhardstein

Mag. Heinrich Foglar-Deinhardstein, LL.M., ist RA und Partner bei CERHA HEMPEL Rechtsanwälte GmbH.