

Anmerkungen zur Sicherstellung der Gläubiger bei der ordentlichen Kapitalherabsetzung, Verschmelzung und Spaltung

Alexander Schopper

Übersicht

- I. Einleitung
- II. Gesetzliche Ausgangslage
- III. Zur Ausnahme von Gläubigern, die Befriedigung verlangen können
- IV. Fälligkeit des Sicherstellungsanspruches und praktische Durchführung der Sicherstellung
- V. Art und Höhe der zu leistenden Sicherheit
 - a) Zur subsidiären Anwendbarkeit der §§ 1373, 1374 ABGB
 - b) Sicherstellung durch Hypotheken an im Ausland belegenen Immobilien
 - c) Sicherstellung durch Verpfändung von Gesellschaftsanteilen
 - d) Bürgschaften durch Mutter- und Tochtergesellschaften
 - e) Bankgarantie
- VI. Wer hat die Kosten für die Sicherstellung zu tragen?
- VII. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse in Thesen

I. Einleitung

Die Sicherstellung von Gläubigern bei der ordentlichen Kapitalherabsetzung gem § 178 Abs 1 AktG ist auf den ersten Blick ein »klassisches« aktienrechtliches Thema. Dass die Bestimmung mit Art 32 der RL 77/91/EWG¹, zuletzt geändert durch die RL 2006/68/EG², auch einen unionsrechtlichen Hintergrund aufweist, überrascht in Anbetracht der stetig fortschreitenden Europäisierung des Aktienrechts nicht. Wer bei § 178 Abs 1 AktG allerdings etwas tiefer schürft, findet sich rasch im Zivilrecht wieder, nämlich bei der Frage der subsidiären Anwendung der §§ 1373, 1374 ABGB. Gleiches gilt für die Sicherstellung von Gläubigern bei der Verschmelzung gem § 226 AktG und bei der Spaltung gem § 15 Abs 2–4, § 17 Z 4 SpaltG.³ Damit schneidet das Thema mit dem Gesellschaftsrecht, dem Unionsrecht und dem Zivilrecht gleich drei Rechtsgebiete an, die zu den Forschungsgebieten des Jubilars *Josef Aicher* zählen.

Im Mittelpunkt des folgenden Beitrags stehen Sonderfragen im Zusammenhang mit der Sicherstellung von Gläubigern bei der ordentlichen Kapitalherabsetzung einer AG.⁴ Einige davon waren bislang in Österreich – soweit ersichtlich – noch nicht Gegenstand einer näheren Untersuchung. Gleichzeitig wird versucht, einige Parallelen und Divergenzen zwischen der Sicherstellung gem § 178 Abs 1 AktG und den verwandten Bestimmungen im Verschmelzungs- und Spaltungsrecht aufzuzeigen. Teilweise gehen die Fragen auf konkrete Problemstellungen aus der Praxis zurück.

II. Gesetzliche Ausgangslage

Nach § 178 Abs 1 AktG muss bei der ordentlichen Kapitalherabsetzung Gläubigern, deren Forderungen begründet worden sind, bevor die Eintragung des Kapitalherabsetzungsbeschlusses bekannt gemacht wurde, Sicherheit geleistet werden, wenn sie sich binnen sechs Monaten nach der Bekanntmachung zu diesem

¹ Zweite Richtlinie 77/91/EWG des Rates vom 13. Dezember 1976 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 58 Absatz 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter für die Gründung der Aktiengesellschaft sowie für die Erhaltung und Änderung ihres Kapitals vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten, Abl L 026 vom 31.1.1977, 1–13.

² Richtlinie 2006/68/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. September 2006 zur Änderung der Richtlinie 77/91/EWG des Rates in Bezug auf die Gründung von Aktiengesellschaften und die Erhaltung und Änderung ihres Kapitals, Abl L 264 vom 25.9.2006, 32–36.

³ Fragen des Umwandlungsrechts, das in § 243 AktG eine Parallelnorm zur Sicherstellung der Gläubiger enthält, können nur am Rande berücksichtigt werden.

⁴ Auch das GmbHG enthält in § 55 Abs 2 eine Parallelnorm, die im vorliegenden Zusammenhang aber außer Betracht bleiben soll.

Zweck bei der Gesellschaft melden. Vom Recht auf Sicherstellung ausgeschlossen sind Gläubiger, die Befriedigung verlangen können oder im Insolvenzverfahren ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus einer nach gesetzlicher Vorschrift zu ihrem Schutz errichteten und staatlich überwachten Deckungsmasse haben. Ganz ähnlich regelt § 226 Abs 1 AktG, dass den Gläubigern der an einer Verschmelzung beteiligten Gesellschaften Sicherheit zu leisten ist, wenn sie sich binnen sechs Monaten nach der Veröffentlichung der Eintragung der Verschmelzung zu diesem Zwecke melden. Auch hier ist von der Sicherstellung ausgeschlossen, wer Befriedigung verlangen kann oder wer im Insolvenzverfahren ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus einer Deckungsmasse hat, die nach den gesetzlichen Vorschriften zu ihrem Schutz errichtet und staatlich überwacht ist.⁵ § 15 Abs 2–4 und § 17 Z 3 und 4 SpaltG sowie § 243 AktG für die Umwandlung enthalten Parallelbestimmungen, die den Grundsätzen des Gläubigerschutzes gem § 178 AktG teilweise nachgebildet sind, teilweise aber auch davon abweichen.

Die in den §§ 178, 226, 243 AktG und § 15 Abs 2–4 SpaltG geregelten Sicherstellungsansprüche gleichen einander in Wesen und Zweck: Im Kern handelt es sich in sämtlichen Fällen um ein einseitiges, gerichtlich durchsetzbares Gestaltungsrecht des Gläubigers, das auf die Änderung des mit der Gesellschaft bestehenden Schuldverhältnisses aus wichtigem Grund gerichtet ist. Der wichtige Grund besteht darin, dass bei der Gesellschaft eine Strukturmaßnahme (Kapitalherabsetzung, Verschmelzung, Spaltung oder Umwandlung) durchgeführt wird. Den Gläubiger vor den mit der Strukturmaßnahme verbundenen Gefahren zu schützen, ist der gemeinsame Zweck der genannten Sicherstellungsrechte.

Mit der von der Strukturmaßnahme ausgehenden Gefahr ist aber gleichzeitig auch ein erster wesentlicher Unterschied in den einzelnen Regelungen angesprochen. Er betrifft die Gefährdung der Befriedigungsaussichten des Gläubigers als Tatbestandsvoraussetzung für den Sicherstellungsanspruch und damit eine Frage des persönlichen Anwendungs- bzw. Schutzbereichs. Nach § 226 AktG steht bei der Verschmelzung das Recht auf Sicherstellung nur jenen Gläubigern zu, die glaubhaft machen, dass die Erfüllung ihrer Forderung durch die Verschmelzung gefährdet wird.⁶ Auch bei der Spaltung sind Gläubiger vom Recht auf Sicherstellung ausgeschlossen, wenn die Erfüllung ihrer Forderung durch die Spaltung nicht gefährdet wird. Der durch das GesRÄG 2011⁷ novellierte § 15 Abs 2 SpaltG gewährt Gläubigern nunmehr in Umsetzung der Vorgabe der RL

⁵ § 226 Abs 2 AktG.

⁶ Ebenso § 13 Abs 1 EU-VerschG; dazu eingehend *Eckert in Kalls, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung*² § 13 EU-VerschG Rz 11; siehe auch *Kaufmann in Frotz/Kaufmann, Grenzüberschreitende Verschmelzungen* (2008) § 13 EuVerschG Rz 6.

⁷ BGBl I 2011/53.

2009/109/EG⁸ einen gerichtlich durchsetzbaren Anspruch auf Sicherstellung, wenn diese glaubhaft machen, dass durch die Spaltung die Erfüllung ihrer Forderungen gefährdet wird.⁹ Im Gegensatz dazu ist eine konkrete Gefährdung für den einzelnen Gläubiger keine Voraussetzung für das Recht auf Sicherstellung bei der ordentlichen Kapitalherabsetzung (§ 178 Abs 1 AktG) und der formwechselnden Umwandlung einer AG in eine GmbH (§ 243 AktG). Hier reicht jeweils die von der Kapitalherabsetzung oder der Umwandlung abstrakt ausgehende Gefahr aus.

Für die ordentliche Kapitalherabsetzung folgt dies aus dem Wortlaut von § 178 Abs 1 AktG, der mit jenem der Parallelnorm aus Deutschland § 225 Abs 1 dAktG übereinstimmt. Unionsrechtlich ist dieser strenge Schutz bei der ordentlichen Kapitalherabsetzung freilich nicht mehr geboten. Art 32 Abs 1 RL 77/91/EWG idF RL 2006/68/EG lautet:

»Im Falle einer Herabsetzung des gezeichneten Kapitals haben zumindest die Gläubiger, deren Forderungen vor der Bekanntmachung der Entscheidung über die Herabsetzung entstanden sind, mindestens das Recht, eine Sicherheit für die im Zeitpunkt dieser Bekanntmachung noch nicht fälligen Forderungen zu erhalten. Die Mitgliedstaaten können dieses Recht nur dann ausschließen, wenn der Gläubiger bereits angemessene Sicherheiten hat oder wenn diese Sicherheiten in Anbetracht des Gesellschaftsvermögens nicht notwendig sind. Die Mitgliedstaaten legen fest, unter welchen Bedingungen das in Unterabsatz 1 genannte Recht ausgeübt werden kann. Die Mitgliedstaaten sorgen in jedem Fall dafür, dass die Gläubiger das Recht haben, bei der zuständigen Verwaltungsbehörde oder dem zuständigen Gericht angemessene Sicherheiten zu beantragen, wenn sie glaubhaft machen können, dass die Befriedigung ihrer Forderungen durch die Herabsetzung des gezeichneten Kapitals gefährdet ist und sie von der Gesellschaft keine angemessenen Sicherheiten erhalten haben.«

Die RL 2006/68/EG legt aber nur einen Mindestschutz fest.¹⁰ Es ist zulässig, dass die Mitgliedstaaten einen davon abweichenden strengeren Gläubigerschutz vorsehen. Insoweit besteht kein Konflikt mit dem Unionsrecht, wenn § 178 AktG weiterhin auf das abstrakte Sicherungsinteresse des Gläubigers abstellt und die Glaubhaftmachung einer konkreten Gefährdung nicht verlangt. Der in

⁸ Richtlinie 2009/109/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.9.2009 zur Änderung der Richtlinien 77/91/EWG, 78/855/EWG und 82/891/EWG des Rates sowie der Richtlinie 2005/56/EG hinsichtlich der Berichts- und Dokumentationspflichten bei Verschmelzungen und Spaltungen, ABl L 259 vom 2.10.2009, 14.

⁹ Dazu Potyka/Winner, Das Gesellschaftsrechts-Änderungsgesetz 2011, GesRZ 2011, 209 (212); zur alten Rechtslage siehe Grünwald in Helbich/Wiesner/Bruckner, Handbuch der Umgründungen (2002) § 15 SpaltG Rz 144 ff.

¹⁰ Siehe ErwG 6 der Richtlinie 2006/68/EG.

der RL vorgesehene Mindestschutz für Gläubiger wird nicht unterschritten, sondern die Abweichung bewirkt eine Besserstellung der Gläubiger.¹¹

Rechtspolitisch ist fraglich, ob der undifferenzierte ipso iure Schutz bei der ordentlichen Kapitalherabsetzung gem § 178 Abs 1 AktG sachgerecht ist. Gleiches gilt für den Gläubigerschutz bei der Umwandlung gem § 243 AktG. Im Zusammenhang mit der Verschmelzung und Spaltung wird in der Literatur für die erforderliche Glaubhaftmachung einer konkreten Gefährdung im Wesentlichen angeführt, dass dieses Tatbestandsmerkmal die übermäßige Beeinträchtigung des Spaltungs- oder Verschmelzungsvorgangs durch eine Vielzahl von Sicherheitsbestellungen verhindern soll.¹² Dies gilt im Prinzip auch für die ordentliche Kapitalherabsetzung. Auch hier kann die praktische Durchführung an einer übermäßigen Beeinträchtigung durch eine Vielzahl von Sicherstellungen erschwert oder gar unmöglich gemacht werden. Nach Teilen der Lehre steht Gläubigern bereits de lege lata in bestimmten Fällen, in denen die Vorschriften über die ordentliche Kapitalherabsetzung einzuhalten sind, nur dann ein Sicherstellungsanspruch zu, wenn diese – analog zu § 226 Abs 1 AktG – die Gefährdung ihrer Befriedigung glaubhaft machen.¹³ Noch vehementer wird diese Analogie für die Sicherstellung von Gläubigern bei der Umwandlung einer AG in eine GmbH gem § 243 AktG befürwortet.¹⁴ Beides ist de lege lata in Anbetracht des klaren Wortlauts von § 178 und § 243 AktG bedenklich. Obwohl unionsrechtlich seit der RL 2006/68/EG durch den neuen zweiten Unterabsatz in Art 32 Abs 1 ein Spielraum besteht, haben Gläubiger weder für die Sicherstellung gem § 178 Abs 1 AktG noch für jene nach § 243 AktG eine Gefährdung ihrer Befriedigungsaussichten glaubhaft zu machen.¹⁵ Umgekehrt kann die Gesellschaft einem Gläubiger, der Sicherstellung nach diesen Vorschriften begehrt, diese auch nicht dadurch verweigern, dass sie das Nichtvorliegen einer Gefährdung für den Gläubiger nachweist. Das gilt auf Grund des in § 17 Z 3 SpaltG enthaltenen Verweises auch für die Spaltung zur Aufnahme. Die Wertung wurde zudem durch § 13 Abs 1 Satz 3 EU-VerschG für die Exportverschmelzung mit kapitalherabsetzendem Effekt bestätigt.¹⁶

¹¹ Ebenso für die Rechtslage in Deutschland etwa *Oechsler* in MünchKomm AktG³ § 225 Rz 22; *Marsch-Barner* in *Spindler/Stilz*, AktG² § 225 Rz 15.

¹² *Mertens*, Die Universalsukzession in einem neuen Umwandlungsrecht, AG 1994, 66 (70); *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung² § 15 SpaltG Rz 68.

¹³ Siehe *Doralt/Winner* in MünchKomm AktG³ § 57 Rz 263; *Artmann* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 52 Rz 5 jeweils iZm der Befriedigung von Prospekthaftungsansprüchen geschädigter Aktionäre durch die AG als Emittentin.

¹⁴ Vgl *Zollner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 243 Rz 8; *Szep* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 243 Rz 2.

¹⁵ Für Deutschland siehe nur *Hüffer*, AktG¹⁰ § 225 Rz 8; *Oechsler* in MünchKomm AktG³ § 225 Rz 22.

¹⁶ Die von *Eckert* in *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung² § 13 EU-VerschG Rz 11 vertretene europarechtskonforme Auslegung trägt bei der Kapitalherabsetzung mE nicht.

Zur Vermeidung einer vom Gesetzgeber nicht gewollten Übersicherung einzelner Gläubiger ist in jenen Konstellationen, in denen das Gesetz den Gläubigern einen unbedingten Sicherstellungsanspruch gewährt, ohne auf den individuellen Sicherungsbedarf abzustellen, im Einzelfall ein Rückgriff auf das Verbot des individuellen Rechtsmissbrauchs des Gläubigers geboten.¹⁷ Das gilt insbesondere für Fälle, in denen der Gläubiger bereits eine den Anforderungen der §§ 1373, 1374 ABGB¹⁸ entsprechende Sicherung hat¹⁹ oder nicht bereit ist, Zug um Zug gegen Gewährung einer den Anforderungen der §§ 1373, 1374 ABGB entsprechenden Sicherheit eine anderweitige Sicherheit aufzugeben.²⁰ Auf Grund der subsidiär anwendbaren §§ 1373, 1374 ABGB hat ein durch eine Bürgschaft oder Bankgarantie bereits besicherter Gläubiger Anspruch auf Austausch der vorhandenen Personalsicherheit gegen eine Realsicherheit gem § 1373 Satz 1 ABGB, sofern die sicherstellungspflichtige Gesellschaft zur Bestellung einer solchen imstande ist.²¹

Demgegenüber beseitigt bei § 226 AktG und § 15 SpaltG eine bereits vorhandene Sicherheit die für den Sicherstellungsanspruch erforderliche Gefährdung der Befriedigung. Der Sicherstellungsanspruch entfällt hier unabhängig davon, ob die bereits vorhandene Besicherung den Anforderungen der §§ 1373 f ABGB genügt, sofern die vorhandene Besicherung der Höhe nach ausreicht.

De lege ferenda wäre mE zu überdenken, vom Prinzip der abstrakten Gefährdung in den §§ 178 Abs 1 und § 243 AktG abzugehen und den Sicherstellungsanspruch nur bei Vorliegen einer konkreten Gefahr für die Befriedigungsaussichten des Gläubigers zu gewähren. Dabei sollte die Glaubhaftmachung einer konkreten Gefährdung durch den Gläubiger – entsprechend § 226 Abs 1 AktG und § 15 Abs 2 SpaltG – ausreichen. Diese wird dem Gläubiger zB bei einer ordentlichen Kapitalherabsetzung mit Ausschüttungen an die Aktionäre oder mit einer Befreiung der Aktionäre von Einlageverpflichtungen infolge des damit verbundenen besonderen Gefährdungspotenzials ohne weiteres gelingen. Anderes wird hingegen in den meisten Fällen der Umwandlung einer AG in eine GmbH gelten, wo eine Gefährdung der Gläubiger regelmäßig nicht zu befürchten ist.

De lege ferenda könnte durch Einführung des Tatbestandsmerkmals der konkreten Gefährdung auch eine höhere Flexibilität beim sachlichen Anwendungs-

¹⁷ Lutter in Kölner Kommentar AktG² § 225 Rz 29.

¹⁸ Dazu näher unten V.

¹⁹ Weitergehend *Marsch-Barner* in *Spindler/Stilz*, AktG² § 225 Rz 19; differenzierend *Oechsler* in *MünchKomm AktG³* § 225 Rz 26.

²⁰ IdS auch Lutter in Kölner Kommentar AktG² § 225 Rz 29; Hüffer, AktG¹⁰ § 225 Rz 11.

²¹ Von diesem strengen Ergebnis abweichende Lösungen lassen sich nur durch den Nachweis begründen, dass die dem Gesellschaftsrecht zu Grunde liegenden spezifischen Wertungen eine Abweichung von dem in den §§ 1373, 1374 ABGB normierten Vorrang der Realkautio gebieten. Näher dazu unten Kapitel V. a).

bereich des Sicherstellungsanspruches gem § 178 AktG erreicht werden. Derzeit folgt aus § 178 Abs 3 AktG, dass Sicherstellung auch dann zu leisten ist, wenn die ordentliche Kapitalherabsetzung zu keiner Vermögensauskehr an die Aktionäre führt. Sicherstellungsansprüche bestehen de lege lata auch bei einer ordentlichen Kapitalherabsetzung zu Sanierungszwecken, wenn mit dieser eine ordentliche Kapitalerhöhung einhergeht.²² Durch ein Abstellen auf eine konkrete Gefährdungslage könnte bei Strukturmaßnahmen zu Sanierungszwecken eine Vereinfachung erzielt werden, ohne den Gläubigerschutz übermäßig zu beeinträchtigen.

III. Zur Ausnahme von Gläubigern, die Befriedigung verlangen können

Eine weitere Frage des persönlichen Anwendungsbereichs stellt sich im Zusammenhang mit der Ausnahme von jenen Gläubigern aus dem Schutzbereich der Vorschriften über die Sicherstellung bei Strukturveränderungen, die »*Befriedigung verlangen können*«. Diese Ausnahme findet sich mit identem Wortlaut in § 178 Abs 1 AktG (ordentliche Kapitalherabsetzung), § 226 Abs 1 AktG bzw § 13 Abs 1 EU-VerschG (Verschmelzung), § 15 Abs 2 SpaltG (Spaltung) und § 243 AktG (Umwandlung). Im Vergleich dazu ist das Richtlinienrecht bei der Abgrenzung der vom Schutzbereich erfassten Forderungen bemerkenswert uneinheitlich: Art 32 Abs 1 RL 77/91/EWG²³ bezieht pauschal sämtliche Forderungen, die vor der Bekanntmachung der Entscheidung über die Herabsetzung entstanden sind und im Zeitpunkt dieser Bekanntmachung noch nicht fällig sind, in den Schutzbereich ein. Demgegenüber schützt Art 13 Abs 1 RL 78/855/EWG²⁴ Forderungen, die vor der Bekanntmachung des Verschmelzungsplans entstanden sind und zum Zeitpunkt dieser Bekanntmachung noch nicht erloschen sind. Art 12 Abs 1 RL 82/891/EWG²⁵ verlangt die Einbeziehung von Forderungen, die vor der Bekanntmachung des Spaltungsplans entstanden und zum Zeitpunkt dieser Bekanntmachung noch nicht fällig sind.

Die in Österreich hA setzt den Gesetzeswortlaut, der darauf abstellt, ob die Gläubiger »*Befriedigung verlangen können*«, mit dem Eintritt der »*Fälligkeit der Forderung*« gleich.²⁶ Teilweise wird ergänzend angemerkt, dass sich die Frage

²² Vgl Nagele/Lux in Jabornegg/Strasser, AktG⁵ § 178 Rz 1; Hüffer, AktG¹⁰ § 225 Rz 17; Marsch-Barner in Spindler/Stilz, AktG² § 225 Rz 15.

²³ Unterabsatz 1.

²⁴ IdF RL 2009/109/EG.

²⁵ IdF RL 2009/109/EG.

²⁶ Vgl Bachner in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 178 Rz 10; Kalss, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung² § 226 Rz 14; dies, aaO § 15 SpaltG Rz 66; anders Nagele/Lux in Jabornegg/

des Fälligkeitseintritts allein nach dem Inhalt des Schuldverhältnisses bestimmte oder dass die Fälligkeit bedeutsam bei der Beurteilung sei, wann ein Gläubiger Befriedigung verlangen kann.²⁷

Im Wesentlichen unstrittig ist die Behandlung von Fallkonstellationen, in denen die Fälligkeit der unbestrittenen²⁸ Forderung des Gläubigers bereits im Zeitpunkt der Bekanntmachung der Strukturmaßnahme gegeben ist oder zumindest innerhalb der für die Anmeldung der Sicherstellungsansprüche vorgeschriebenen gesetzlichen Frist eintritt. Im erstgenannten Fall besteht von vornherein kein Sicherstellungsanspruch. Bei Eintritt der Fälligkeit innerhalb der Frist von sechs Monaten entfällt der Sicherstellungsanspruch nachträglich und der Gläubiger hat fortan ausschließlich ein Befriedigungsrecht.²⁹ Begehrt ein solcher Gläubiger aber noch vor Eintritt der Fälligkeit seiner Forderung innerhalb der Frist von sechs Monaten die Sicherstellung, kann ihm die Gesellschaft (vertreten durch den mit der Besicherung betrauten Vorstand) nicht entgegenhalten, dass die Forderung zu einem späteren Zeitpunkt innerhalb der 6-Monatsfrist fällig sein wird und der Gläubiger daher die Fälligkeit der Forderung abzuwarten habe.³⁰ Diese Grundsätze gelten nicht nur für die Sicherstellung bei der ordentlichen Kapitalherabsetzung, sondern auch bei Verschmelzung (§ 226 AktG) und Spaltung (§ 15 Abs 2 SpaltG). Sie sind auch richtlinienkonform, obwohl der Richtlinienwortlaut jeweils in Abs 1 pauschal den Schutz von Forderungen verlangt, die im Zeitpunkt der Bekanntmachung der Strukturmaßnahme noch nicht fällig bzw erloschen sind, was bei Eintritt der Fälligkeit erst innerhalb der 6-Monatsfrist nicht vorläge. In den Richtlinien wurde der Fall, dass die Fälligkeit erst später eintritt und bis dahin noch kein Sicherstellungsanspruch gestellt wurde, nicht bedacht, was zumindest im Bereich der Kapitalherabsetzung auch damit zu tun haben dürfte, dass im Blickfeld der RL 2006/68/EG ein präventiv ausgerichtetes Sicherungsverfahren nach Vorbild des englischen Rechts gestanden hat.³¹ Maßgebend ist, dass jemand, der Befriedigung erlangen kann, kein Recht auf Sicherstellung hat, was auch in den RL-Bestimmungen zum Ausdruck kommt. Kann der Gläu-

Strasser, AktG⁵ § 178 Rz 12, die auf die »Befriedigungsreife« abstellen. Für die Unterscheidung von Durchsetzbarkeit und Fälligkeit, wobei es auf die Fälligkeit ankommt, siehe *Lutter* in Kölner Kommentar AktG² § 225 Rz 22 f; vgl auch *Grunewald* in *Lutter*, UmwG⁴ § 22 Rz 9; *Oechsler* in MünchKomm AktG³ § 225 Rz 23; *Schilling* in Großkomm AktG³ § 225 Rz 6.

²⁷ Siehe *Marsch-Barner* in *Spindler/Stilz*, AktG² § 225 Rz 16; ähnlich *Hüffer*, AktG¹⁰ § 225 Rz 9: »Ob Erfüllung verlangt werden kann, bestimmt sich nach Inhalt des konkreten Schuldverhältnisses. Bedeutsam ist insbes Fälligkeit (...).«

²⁸ Zum Sicherstellungsanspruch bei bestrittenen Forderungen siehe unten IV.

²⁹ *Schilling* in Großkomm AktG³ § 225 Rz 7; *Lutter* in Kölner Kommentar AktG² § 225 Rz 22.

³⁰ *Lutter* in Kölner Kommentar AktG² § 225 Rz 22; *Oechsler* in MünchKomm AktG³ § 225 Rz 25.

³¹ Vgl *Ekkenga*, Die Kapitalherabsetzung nach der neuen EG-Kapitalrichtlinie, Der Konzern 2007, 413 (414 ff).

biger bis zur Fälligkeit (innerhalb der Frist) Sicherstellung verlangen, ab Fälligkeit aber nicht mehr, besteht kein Widerspruch zum Schutzkonzept der RL. Im Übrigen wäre die Sicherstellung eines Gläubigers, der an Stelle der Bezahlung seiner bereits fälligen Forderung deren Sicherstellung begehrt, völlig sinnlos und nicht mit dem Schutzzweck des Richtlinienrechts vereinbar.

Fraglich ist, ob der Ausnahmetatbestand der Befriedigungsmöglichkeit auch dann erfüllt ist, wenn dem Gläubiger innerhalb der 6-Monatsfrist bloß ein Kündigungsrecht zusteht, durch dessen Ausübung er einseitig die Fälligkeit seiner Forderung (vorzeitig) herstellen kann. Ein solches Kündigungsrecht kann zB in Bestandverträgen, aber auch in einem Kreditvertrag oder in Anleihebedingungen³² enthalten sein. Übt der Gläubiger sein Kündigungsrecht aus, ist der Gesetzeswortlaut erfüllt, weil der Gläubiger insoweit »*Befriedigung zu verlangen*« berechtigt ist, also zB beim Kreditvertrag die vorzeitige Rückzahlung der Kreditsumme samt den bis zu diesem Zeitpunkt aufgelaufenen Zinsen oder bei der Schuldverschreibung den Nominalbetrag samt Zinsen verlangen kann. Auch der von der hA geforderte Eintritt der Fälligkeit liegt vor, wenn der betreffende Gläubiger sein Kündigungsrecht tatsächlich und rechtswirksam ausübt und damit die (vorzeitige) Fälligkeit seiner Forderung herstellt.³³ Ab dem Zeitpunkt, in dem der Gläubiger sein Kündigungsrecht ausgeübt und damit die Fälligkeit der Forderung hergestellt hat, besteht daher kein Anspruch auf Sicherstellung mehr. Begehrt der Gläubiger nach diesem Zeitpunkt dennoch Sicherstellung, kann die Gesellschaft diese verweigern und den Gläubiger auf sein Befriedigungsrecht verweisen. Der Befriedigungsanspruch ist bei der Kapitalherabsetzung gem § 178 Abs 2 AktG gesichert. Wurde seitens der Gesellschaft vor Ausübung des außerordentlichen Kündigungsrechts durch den Gläubiger bereits eine Sicherstellung für die nunmehr fällig gestellte Forderung geleistet, erlischt die akzessorische Sicherheit aber selbstverständlich erst mit der tatsächlichen Befriedigung der Forderung.³⁴ Bereits bestellte Sicherheiten bleiben also mindestens solange aufrecht, bis Befriedigung erlangt wird und erlöschen nicht bereits mit Wegfall des Sicherungsbedürfnisses. Ausschüttungen dürfen in diesem Fall aber bereits vor der Befriedigung des Gläubigers erfolgen, weil diesem ja bereits Sicherheit geleistet wurde. Die Ausschüttungssperre gem § 178 Abs 2 AktG greift nicht ein. Diese Grundsätze werden aus den bereits oben genannten Gründen auch den europarechtlichen Vorgaben gerecht. Im Hinblick auf den Sicherstellungsanspruch kann es keinen Unterschied machen, ob die Fälligkeit und damit die Be-

³² Für den Gläubigerschutz bei Schuldverschreibungen enthalten die § 226 Abs 3 AktG und § 15 Abs 5 SpaltG Sonderbestimmungen, nicht aber § 178 AktG. Eine analoge Anwendung des § 15 Abs 5 SpaltG auf die ordentliche Kapitalherabsetzung dürfte ausscheiden, weshalb Anleihegläubiger hier ebenso sicherzustellen sind wie die übrigen Gläubiger.

³³ Vgl *Lutter* in *Kölner Kommentar AktG*² § 225 Rz 23 iVm Rz 13.

³⁴ Vgl *Oechsler* in *MünchKomm AktG*³ § 225 Rz 24.

friedigungsreife durch Zeitablauf oder durch Ausübung eines Gestaltungsrechts innerhalb der Frist von sechs Monaten eingetreten ist. Die Besicherung eines bereits fälligen Zahlungsanspruches wäre sinnlos und ist nach dem Zweck der Richtlinien auch nicht gefordert.

Schwieriger zu beantworten ist die Frage nach dem Bestehen eines Sicherstellungsanspruches, wenn dem Gläubiger innerhalb der Frist von sechs Monaten zwar ein Kündigungsrecht zusteht, er dieses aber nicht ausübt, sondern am Vertrag festhalten möchte und Sicherstellung begehrt. Kann die Gesellschaft dem Sicherstellungsbegehren entgegenhalten, dass dem Gläubiger – im Zeitpunkt, in dem er die Sicherstellung begehrt – ein Kündigungsrecht zustünde? Grundsätzlich könnte der Gläubiger durch Ausübung seines Kündigungsrechts »*Befriedigung verlangen*«, womit der Gesetzeswortlaut der Ausnahme vom Sicherstellungsanspruch erfüllt ist. Folgt man hingegen der hA, wäre der Gläubiger trotz seines Kündigungsrechts sicherstellungsberechtigt, weil die von der hA geforderte Fälligkeit der Forderung noch nicht eingetreten ist. Die Bejahung des Sicherstellungsanspruches für einen kündigungsberechtigten Gläubiger stünde aber im Widerspruch zur nunmehr hA³⁵ im Zusammenhang mit der Sicherstellung von Dauerschuldverhältnissen: Demnach seien zur Berechnung bei Dauerschuldverhältnissen im Hinblick auf die durch Kündigung gegebene Möglichkeit zur Befreiung aus der Risikolage nur jene Ansprüche sicherzustellen, welche bis zum nächstmöglichen Termin zur Kündigung durch den Gläubiger fällig werden. Liegt der nächstmögliche Kündigungstermin zB zwei Monate nach Ablauf der sechsmonatigen Sicherstellungsfrist, wären nach dieser Ansicht nur jene Forderungen sicherzustellen, die bis zu diesem Zeitpunkt fällig werden. Liegt nun aber der Kündigungstermin innerhalb der Frist von sechs Monaten, könnte sich der Gläubiger ebenfalls aus der Risikolage befreien und müsste nicht die mit der Kapitalherabsetzung verbundenen Gefahren für die Befriedigung seiner Forderung tragen. Insoweit wäre es wohl konsequent, den Sicherstellungsanspruch überhaupt ab dem erstmöglichen Termin zur Kündigung durch den Gläubiger entfallen zu lassen, weil und soweit sich der Gläubiger durch Ausübung des Kündigungsrechts von dem mit der Strukturmaßnahme verbundenen Risiko befreien kann. Ebenso wie bei der Beschränkung des Sicherstellungsanspruches bei Dauerschuldverhältnissen müsste das dann aber auch gelten, wenn der Gläubiger von seinem Kündigungsrecht gar keinen Gebrauch macht.³⁶ Gegen diese Ansicht

³⁵ Siehe *Nagele/Lux* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 178 Rz 7; *Oechsler* in *MünchKomm AktG*³ § 225 Rz 10; *Marsch-Barner* in *Spindler/Stilz*, AktG² § 225 Rz 21; *Haberstock/Greitemann* in *Hölters*, AktG § 225 Rz 6 f; auf konkretes Sicherheitsbedürfnis abstellend BGH in *NJW* 1996, 1539; *Hüffer*, AktG¹⁰ § 225 Rz 4.

³⁶ Siehe *Simon* in *Kölner Kommentar UmwG* § 22 Rz 35: »*Ein Recht auf Sicherheitsleistung scheidet ebenfalls aus, wenn der Gläubiger die Fälligkeit (z.B. durch Kündigung) jederzeit herbeiführen kann (...)*«; vgl auch *Oechsler* in *MünchKomm AktG*³ § 225 Rz 10.

kann jedoch eingewendet werden, dass dadurch dem Gläubiger die Ausübung seines Kündigungsrechts gleichsam aufgezwungen wird. Ein Festhalten am Vertrag kann für den Gläubiger mangels Sicherstellung seiner Ansprüche unzumutbar sein. Dieser Einwand hat einiges für sich.³⁷ Hält man aber Gläubiger mit Kündigungsrecht für sicherstellungsberechtigt, wäre mE konsequenterweise auch die oben genannte hA zur Begrenzung der Sicherstellungsansprüche bei Dauerschuldverhältnissen bis zum nächstmöglichen Kündigungstermin für den Gläubiger zu überdenken. Im Übrigen erhebt sich die Frage, ob der Schutzzweck der hier untersuchten Sicherstellungsansprüche wirklich so weit geht, einem Gläubiger, der durch Ausübung seines Kündigungsrechts seine Forderung fällig stellen könnte und damit die mit der Kapitalherabsetzung, Spaltung oder Verschmelzung (abstrakt oder konkret) verbundenen Gefahren nicht tragen müsste, zusätzlich ein Festhalten am Vertrag als zweite Handlungsalternative zu sichern. Ein Mittelweg wäre es mE, dem Gläubiger nur Sicherstellung für die Vergangenheit bezüglich aller bereits entstandenen, aber noch nicht fälligen Forderungen zu gewähren, wenn er sein Kündigungsrecht nicht ausübt und am Vertrag festhält. Denn er könnte sich durch ein Kündigungsrecht vom Vertrag und damit vom Risiko der Strukturveränderung befreien. Was der kündigungsberechtigten Gläubiger der Gesellschaft in Zukunft³⁸ kreditiert, muss er auf eigenes Risiko tun, weil er dies nunmehr in Kenntnis der Strukturveränderung tut und diese Veränderung freiwillig durch Nichtausübung seines Kündigungsrechts auf sich genommen hat.

Im Zusammenhang mit den soeben angesprochenen Grenzen des Schutzzwecks der Sicherstellung stellt sich die etwas allgemeinere Frage, ob der gesellschafts- bzw umgründungsrechtliche Gläubigerschutz bei den hier untersuchten Strukturmaßnahmen durch das Anfechtungsrecht nach den §§ 27 ff IO flankiert wird. Eine rezente Entscheidung des dritten Senats³⁹ zur Anfechtung der Stamm-

³⁷ In diese Richtung dürfte auch *Oechsler* in MünchKomm AktG³ § 225 Rz 8 tendieren, der für die Sicherstellung einer unter einer Potestativbedingung stehenden Forderung, bei welcher der Gläubiger selbst darüber entscheidet, ob er der AG ein Zahlungsziel gewähren wird oder nicht, den Sicherstellungsanspruch bejaht. Auf den ersten Blick bedürfe der Gläubiger in einem solchen Fall des Schutzes nach § 225 Abs 1 Satz 1 dAktG gerade nicht, weil er unter dem Eindruck der Kapitalherabsetzung aus freien Stücken darüber entscheiden kann, ob er eine Rückzahlungsforderung gegenüber der AG begründen will oder nicht. Bei näherer Überlegung überzeuge dieses Ergebnis allerdings nicht: Würde man dem Gläubiger die Sicherstellung verweigern, wäre das in der Potestativbedingung verkörperte Optionsrecht entwertet.

³⁸ Also ab dem Zeitpunkt, in dem er den Vertrag mit der Gesellschaft durch Kündigung hätte auflösen können.

³⁹ OGH 26.5.2010, 3 Ob 51/10m = ÖBA 2011, 407 (Anm *Karollus*); dazu etwa *Zollner*, Anfechtung im Stiftungs- und Körperschaftsrecht, GeS 2010, 210; *Rebernik/Schmidberger*; Zum Vorrang des Anfechtungsrechts gegenüber den Regeln der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung, ZIK 2010, 162.

einlageleistung eines GmbH-Geschafters in dessen Insolvenz und aktuelle Stellungnahmen aus der Literatur⁴⁰ lassen zumindest befürchten, dass das Anfechtungsrecht den mit der Firmenbucheintragung verbundenen Bestand- bzw Vertrauensschutz durchbrechen kann. Das letzte Wort ist hier aber noch nicht gesprochen. An dieser Stelle muss aus Platzgründen ein Hinweis ausreichen: Die angesprochene Entscheidung des dritten Senats betraf einen Fall, in dem das Anfechtungsrecht und das Gesellschaftsrecht unterschiedliche Gläubigergruppen schützen.⁴¹ Demgegenüber besteht in den hier interessierenden Fällen eine Kongruenz zwischen den von Kapitalherabsetzungsregeln und den Anfechtungsbestimmungen geschützten Gläubigern: die Gläubiger der Gesellschaft. Insoweit bestehen mE Zweifel, ob die Entscheidungsbegründung des dritten Senats auch für die hier interessierenden Fälle trägt.

IV. Fälligkeit des Sicherstellungsanspruches und praktische Durchführung der Sicherstellung

Gemäß § 178 AktG muss Gläubigern, die sich binnen sechs Monaten nach Bekanntmachung der Eintragung des Kapitalherabsetzungsbeschlusses melden, Sicherheit geleistet werden. Eine entsprechende Frist von sechs Monaten ab Veröffentlichung der Eintragung der jeweiligen Maßnahme enthalten auch § 226 Abs 1 AktG (Verschmelzung), § 243 AktG (Umwandlung) und § 15 Abs 2 SpaltG (Spaltung). Gemein ist sämtlichen Bestimmungen, dass der Anspruch auf Sicherstellung an zwei Voraussetzungen geknüpft ist: i) die Bekanntmachung der Eintragung der Strukturmaßnahme und ii) die fristgerechte Anmeldung des Sicherstellungsanspruches bei der Gesellschaft.

Für die Bekanntmachung gilt § 10 UGB. Sie erfolgt in der elektronischen Ediktsdatei (www.edikte.justiz.gv.at) und im Amtsblatt zur Wiener Zeitung.⁴² Nach § 10 Abs 1 Satz 3 UGB iVm § 89j Abs 1 letzter Satz Gerichtsorganisationsgesetz gilt die Bekanntmachung mit der Aufnahme ihrer Daten in die Ediktsdatei

⁴⁰ Vgl etwa *Rebernik/Schmidsberger*, Zur Anfechtung von Kapitalmaßnahmen und Umgründungsvorgängen im Insolvenzverfahren, GeS 2009, 182; *Kalss/Eckert*, Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht, in *Kodek/Konecny*, Insolvenz-Forum 2007, 65; *König*, Die Anfechtung nach der Konkursordnung⁴ Rz 3/4; aA *B. Jud*, Haftung nach § 15 Abs 1 SpaltG im Konkurs der Hauptschuldnerin, NZ 2003, 161 (169); *Lwowski/Wunderlich*, Insolvenzanfechtung von Kapitalherabsetzungs- und Umwandlungsmaßnahmen, NZI 2008, 595 (597 f).

⁴¹ Das Anfechtungsrecht schützt die Gläubiger des Geschafters, während die Regeln der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung (primär) die Gläubiger der Gesellschaft schützen (im konkreten Fall eine GmbH).

⁴² Vgl *Bachmer* in MünchKomm, AktG³ § 225 Rz 41; *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung² § 226 Rz 11; zu § 15 Abs 2 idF GesRÄG 2011 siehe EBRV 1252 Blg XXIV S. 19; zu § 226 AktG vgl etwa *Szep* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 226 Rz 8.

als vorgenommen. Die Veröffentlichung im Amtsblatt zur Wiener Zeitung hat tunlichst innerhalb eines Zeitraumes von zwei Monaten nach Erteilung der Druckgenehmigung zu erfolgen.⁴³ Diese Veröffentlichung hat jedoch keine Auswirkungen auf den Fristenlauf gem § 178 AktG.⁴⁴

Darüber hinaus ist erforderlich, dass sich der Gläubiger fristgerecht bei der AG meldet und Sicherstellung begehrt.⁴⁵ Maßgebend ist hierbei der Zeitpunkt, in dem der AG ein den inhaltlichen Mindestanforderungen⁴⁶ entsprechendes Sicherstellungsbegehren zugeht.⁴⁷ Der Anspruch auf Sicherstellung entsteht kraft Gesetzes, wenn das letzte zu seiner Begründung erforderliche Tatbestandsmerkmal erfüllt wird.⁴⁸ Im Regelfall ist das der Zeitpunkt, in dem der Gesellschaft das Sicherstellungsbegehren eines Gläubigers zugeht. Haben einzelne Gläubiger ausnahmsweise bereits vor Bekanntmachung der Eintragung des Kapitalherabsetzungsbeschlusses ihren Sicherstellungsanspruch bei der Gesellschaft angemeldet, was nach der hL⁴⁹ zulässig ist, entsteht deren Sicherstellungsanspruch bereits mit Bekanntmachung der Eintragung des Kapitalherabsetzungsbeschlusses. Der Anspruch auf Sicherheitsleistung ist im Zeitpunkt seines Entstehens sofort fällig.⁵⁰ Entsprechendes wird mE auch für die Parallelbestimmungen zur Verschmelzung und Spaltung gelten.⁵¹

Bei der ordentlichen Kapitalherabsetzung ist die Ausschüttungssperre gem § 178 Abs 2 AktG nicht etwa in dem Sinne auszulegen, dass damit auch der Anspruch auf Sicherstellung bis kurz vor die Ausschüttung an die Aktionäre hinausgeschoben wird.⁵² § 178 Abs 2 AktG stellt vielmehr ein selbstständiges Verbot dar.⁵³

⁴³ § 10 Abs 2 UGB.

⁴⁴ *Bachner* in MünchKomm, AktG³ § 225 Rz 41.

⁴⁵ *Marsch-Barner* in *Spindler/Stilz*, AktG² § 225 Rz 11.

⁴⁶ Dazu sogleich unten.

⁴⁷ *Marsch-Barner* in *Spindler/Stilz*, AktG² § 225 Rz 12; *Lutter* in Kölner Kommentar AktG² § 225 Rz 17.

⁴⁸ Siehe *Lutter* in Kölner Kommentar AktG² § 225 Rz 32.

⁴⁹ *Bachner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 178 Rz 7; *Nagele/Lux* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 178 Rz 12; *Marsch-Barner* in *Spindler/Stilz*, AktG² § 225 Rz 12; aA *Schilling* in *Großkomm AktG³ § 225 Rz 9*.

⁵⁰ Siehe *Lutter* in Kölner Kommentar AktG² § 225 Rz 32.

⁵¹ AA für die Verschmelzung *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung² § 226 Rz 19 mwN: Fälligkeit tritt bereits mit dem Zeitpunkt der Eintragung ein; idS auch *Szep* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 226 Rz 8 und für Deutschland *Grunewald* in *Lutter*, UmwG⁴ § 22 Rz 21; wie hier hingegen *Lutter* in Kölner Kommentar AktG² § 225 Rz 32; *Eckert* in *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung² § 13 EU-VerschG Rz 15: Fälligkeit tritt mit Zugang des »formgerechten Sicherstellungsbegehrens« innerhalb der Frist ein.

⁵² Vgl *Marsch-Barner* in *Spindler/Stilz*, AktG² § 225 Rz 20; vgl auch *Schlegelberger/Quassowski/et al*, AktG³ § 178 Rz 5.

⁵³ Zur identen Rechtslage in Deutschland siehe zB *Lutter* in Kölner Kommentar AktG² § 225 Rz 32; vgl auch § 178 Abs 3 AktG.

Das Erfordernis der Meldung jedes einzelnen Gläubigers bei der AG hat den Zweck, dass die AG (vertreten durch den Vorstand) die zu besichernden Forderungen einer Schlüssigkeitsprüfung unterziehen kann.⁵⁴ Obwohl die gesetzlichen Bestimmungen dies nicht ausdrücklich vorsehen, hat ein Sicherstellungsbegehren schon deswegen gewisse inhaltliche Mindestanforderungen zu erfüllen. Aus dem Sicherstellungsbegehren muss deutlich hervorgehen, für welche konkrete Forderung der Gläubiger in welcher Höhe Sicherstellung begehrt. Gem § 226 Abs 1 AktG und § 15 Abs 2 SpaltG muss der Gläubiger darüber hinaus die Gefährdung seiner Forderung glaubhaft machen. Entspricht das Sicherstellungsbegehren nicht diesen Mindestanforderungen, ist die Gesellschaft berechtigt, der Vorstand eventuell sogar verpflichtet⁵⁵, die Sicherstellung zu verweigern. Für die Schlüssigkeitsprüfung des Sicherstellungsbegehrens ist der Gesellschaft eine angemessene Frist einzuräumen.

Nach positivem Abschluss der Schlüssigkeitsprüfung ist jedem einzelnen Gläubiger unverzüglich Sicherheit zu gewähren. Die Besicherung der Gläubiger wird de facto nach dem Prinzip »first come – first serve« erfolgen, wobei die Gesellschaft gegenüber Gläubigern im Allgemeinen nicht zur Gleichbehandlung verpflichtet ist. Die Wahl des Sicherungsmittels steht der Gesellschaft im Rahmen der §§ 1373 f ABGB zu (dazu näher unten V.).⁵⁶ Das kann dazu führen, dass die Gläubiger unterschiedliche Arten von Sicherheiten erhalten. Allerdings kann die Gesellschaft ausnahmsweise zur Gleichbehandlung (bestimmter) Gläubiger im Rahmen des Sicherstellungsverfahrens verpflichtet sein, wenn dies etwa aus § 84 Abs 1 BörseG folgt oder eine entsprechende Klausel der Anleihebedingungen die Gleichbehandlung der Schuldverschreibungsinhaber gebietet.⁵⁷

Begehrt ein Gläubiger innerhalb der 6-monatigen Frist Sicherstellung und lehnt die AG die Sicherstellung ab, weil sie die Forderung dem Grunde oder der Höhe nach bestreitet oder die Gefährdung gem § 226 Abs 1 AktG und § 15 Abs 2 SpaltG für nicht gegeben ansieht, kann der Gläubiger seinen Sicherstellungsanspruch sofort auf dem Gerichtsweg einklagen.⁵⁸ Gleiches gilt, wenn die Gesellschaft auf eine ihr zugegangene Meldung eines Gläubigers überhaupt nicht

⁵⁴ Für die ordentliche Kapitalherabsetzung siehe *Ekkenga*, Die Kapitalherabsetzung nach der neuen EG-Kapitalrichtlinie, Der Konzern 2007, 413 (415).

⁵⁵ Leistet der Vorstand Sicherheit für eine Forderung, deren Bestand er auf Grund der mangelhaften Angaben des Gläubigers nicht einmal einer Schlüssigkeitsprüfung unterziehen konnte, kann darin ein Sorgfaltspflichtverstoß liegen.

⁵⁶ *Oberhammer/Domej* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 §§ 1373, 1374 Rz 6.

⁵⁷ Die Frage, ob das KuratorenG bei der Sicherstellung von Schuldverschreibungsgläubigern nach § 178 Abs 1 AktG anwendbar ist, lässt sich mE im Unterschied zu § 226 Abs 3 AktG und § 15 Abs 5 SpaltG nicht ohne weiteres bejahen, kann aber hier aus Platzgründen nicht näher untersucht werden.

⁵⁸ Vgl *Nagele/Lux* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 178 Rz 8; *Bachner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 178 Rz 13; *Hüffer*, AktG¹⁰ § 225 Rz 12; *Oechsler* in *MünchKomm AktG³ § 225 Rz 30.*

reagiert. Das Klagebegehren lautet jeweils auf Leistung einer Sicherheit nach §§ 1373, 1374 ABGB im Wert von »xy Euro«. ⁵⁹ Grundsätzlich steht dem Gläubiger auch der einstweilige Rechtsschutz zur Verfügung. Bei einer von der Gesellschaft bestrittenen Forderung ist dieser mE ganz allgemein das Recht einzuräumen, freiwillig bereits jetzt für den Fall des späteren Prozessverlusts eine Sicherheit zu bestellen. Das gilt auch, wenn die bestrittene Forderung schon fällig wäre. Die freiwillige volle Sicherstellung einer dem Grunde oder der Höhe nach bestrittenen Forderung hat den Zweck, dass die Gesellschaft bereits vor dem rechtskräftigen Abschluss des darüber geführten Gerichtsverfahrens die Ausschüttung vornehmen kann. Das Verbot gem § 178 Abs 2 AktG greift nicht, wenn den Gläubigern zweifelhafter Forderungen Sicherheit geleistet wird. Der Vorstand muss zwischen dem etwaigen Nachteil der Gesellschaft durch die Sicherstellung und dem Wunsch der Aktionäre nach zeitnahen Ausschüttungen abwägen. ⁶⁰

Der Anspruch auf Sicherstellung unterliegt grundsätzlich den allgemeinen Regeln der Beweislastverteilung. Daher trifft den Gläubiger – bei Ausbleiben jeglicher Sicherheitsleistung durch die Gesellschaft – die volle Beweislast für das Vorliegen sämtlicher Tatbestandsmerkmale, insb auch für den Bestand der behaupteten Forderung. Bei der Verschmelzung und Spaltung muss der Gläubiger die hier zusätzlich erforderliche Gefährdung seiner Befriedigungsaussichten glaubhaft machen.

Die von der Gesellschaft aus §§ 178 Abs 1, 226 Abs 1 AktG und § 15 Abs 2 SpaltG geschuldete Pflicht zur Sicherstellung ist erfüllt, wenn die betreffende Sicherheit wirksam bestellt wurde, was auch den dafür jeweils erforderlichen Modus umfasst. Im Falle einer Hypothek ist der Sicherstellungsanspruch daher zB erst erfüllt, wenn die Gesellschaft die Hypothek im Grundbuch eingetragen hat, nicht etwa bereits mit Übergabe der für die Einverleibung erforderlichen Dokumente an den Gläubiger. ⁶¹

Verweigert der Vorstand die Erfüllung eines berechtigten Sicherstellungsanspruchs, kommt bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen eine Haftung des Vorstands gegenüber dem geschädigten Gläubiger für den durch die verweigerter oder verzögerte Sicherstellung eintretenden Vermögensschaden in Betracht. § 178 Abs 1 AktG wird entsprechend seinem Normzweck als Schutzgesetz iSd § 1311 ABGB zugunsten der Gläubiger zu qualifizieren sein. ⁶² Das gilt allerdings

⁵⁹ Hofmann in Rummel, ABGB³ § 1374 Rz 4; Oberhammer/Domej in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.00 §§ 1373, 1374 Rz 6.

⁶⁰ Bachner in MünchKomm, AktG³ § 225 Rz 12.

⁶¹ § 451 ABGB.

⁶² Die deutsche Parallelbestimmung § 225 dAktG ist nach der hA ein Schutzgesetz iSd § 823 Abs 2 BGB zugunsten der Gläubiger. Vgl etwa Schilling in Großkomm AktG³ § 225 Rz 12; Hüffer, AktG¹⁰ § 225 Rz 5 und 18.

nicht für den praktisch wohl wichtigsten Fall, in dem es entgegen der in § 178 Abs 2 AktG enthaltenen Sperre zu einer verbotenen Ausschüttung kommt. Hier liegt ein Sonderfall der Einlagenrückgewähr vor. Die Rechtsfolgen richten sich nach § 56 AktG. Für die Verschmelzung existiert mit § 227 AktG eine Sondernorm, die unter anderem auch Schäden von Gläubigern im Zusammenhang mit der Sicherstellung erfassen könnte. Neben dem Schadenersatzanspruch nach § 227 AktG können auch Ansprüche nach allgemeinen zivilrechtlichen Bestimmungen geltend gemacht werden.⁶³

V. Art und Höhe der zu leistenden Sicherheit

a) Zur subsidiären Anwendbarkeit der §§ 1373, 1374 ABGB

Die §§ 178 Abs 1, 226 Abs 1 AktG und § 15 Abs 2 SpaltG statuieren jeweils eine Pflicht, »Sicherheit zu leisten«, treffen aber keine Aussage über Art und Höhe der zu leistenden Sicherheit. Bereits die Überschrift zu den §§ 1373, 1374 ABGB gibt zu erkennen, dass diese Vorschriften regeln, »auf welche Art in der Regel Sicherstellung zu leisten ist«. Während die Anwendbarkeit der §§ 1373, 1374 ABGB bei der Verschmelzung⁶⁴ und wohl auch bei der Spaltung unstrittig ist, besteht im Zusammenhang mit der Sicherstellung nach § 178 Abs 1 AktG Uneinigkeit in der Lehre.⁶⁵

Methodisch geht es um ein Problem verweisender Rechtssätze.⁶⁶ § 1373 ABGB enthält in seinem Tatbestand einen recht allgemein gehaltenen Verweis (»Wer verbunden ist, eine Sicherstellung zu leisten [...]«). Fraglich ist, ob dieser Verweis auch eine aus dem AktG oder dem SpaltG folgende Pflicht zur Leistung einer Sicherheit umfasst. Allein der Umstand, dass sich § 1373 ABGB durch die Wortwahl (»Sicherstellung«) geringfügig von den §§ 178 Abs 1, 226 Abs 1 AktG und § 15 Abs 2 SpaltG unterscheidet, wo jeweils von der Pflicht, »eine Sicherheit zu leisten«, die Rede ist, spricht nicht gegen das Vorliegen verweisender Rechts-

⁶³ Siehe *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung² § 227 Rz 15.

⁶⁴ Vgl *Szep* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 226 Rz 12; *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung² § 226 Rz 20; *Grünwald* in *Helbich/Wiesner/Bruckner*, Handbuch der Umgründungen (2011) § 226 AktG Rz 202; *Stern*, Voraussetzungen für Sicherstellungsansprüche bei Umgründungen, ÖBA 2002, 106 (108 f).

⁶⁵ Für eine strenge Anwendung der §§ 1373, 1374 ABGB *Bachner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 178 Rz 9; aA *Nagele/Lux* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 178 Rz 13.

⁶⁶ Allgemein dazu *Larenz*, Methodenlehre⁶, 260; im speziellen Kontext der Parallelbestimmung des dAktG *Rittner*, Die Sicherheitsleistung bei der ordentlichen Kapitalherabsetzung, FS Oppenhoff, 317 (320 ff) mit umfangreichen historischen Nachweisen zu § 225 dAktG, die auch für Österreich relevant sind.

sätze. Es liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass der Gesetzgeber mit dem Wort »Sicherstellung« einen anderen Sinngehalt verbindet als mit der Bezeichnung »Leistung einer Sicherheit«. ⁶⁷ Die historische Auslegung von § 178 Abs 1 AktG spricht für eine Anwendung der §§ 1373, 1374 ABGB. ⁶⁸ Das wird auch für die Parallelvorschriften im Umgründungsrecht zu berücksichtigen sein, weil § 178 Abs 1 AktG in diesem Punkt Vorbildfunktion zukam. ⁶⁹ In systematischer Hinsicht ist es keine Besonderheit, dass ein Problem, das in einer speziellen aktienrechtlichen Norm ungeregelt bleibt, durch Heranziehung einer allgemeineren Norm aus dem ABGB gelöst wird. Es liegt ein Fall der sogenannten subsidiären Anwendbarkeit des Zivilrechts im Gesellschaftsrecht vor, wobei die Besonderheit hier darin besteht, dass die Anwendung der zivilrechtlichen Norm sogar durch einen ausdrücklichen Verweis in § 1373 ABGB nahegelegt wird. ⁷⁰ Einen – freilich viel weiter gefassten – Verweis in umgekehrter Richtung enthielt zB Art 4 Satz 1 der 4. EVHGB, der das Prinzip der Subsidiarität des Zivilrechts im Handelsrecht in einer generellen Weise zum Ausdruck brachte. ⁷¹

Ganz allgemein sind bei der subsidiären Anwendung von Normen aus dem ABGB im Gesellschaftsrecht die besonderen Zwecke und Prinzipien des Gesellschaftsrechts als Sondermaterie zu berücksichtigen. ⁷² Das kann mE sogar dazu führen, dass eine allgemeine Norm aus dem Zivilrecht in einem sonderprivatrechtlichen Zusammenhang zwar grundsätzlich anzuwenden ist, auf Grund der besonderen Zwecke und Prinzipien des betreffenden Sonderprivatrechts jedoch in Einzelfragen anders auszulegen ist, als zB im allgemein-zivilrechtlichen Zusammenhang oder bei der subsidiären Anwendung derselben Bestimmung in einer anderen Sondermaterie. ⁷³ Lässt sich ein bestimmtes Auslegungsergebnis durch eine richtlinienkonforme Interpretation einer sonderprivatrechtlichen Norm erzielen, so geht die richtlinienkonforme Auslegung der subsidiären Anwendung des Zivilrechts vor, wenn Letztere zu einem abweichenden, mit der RL nicht vereinbaren Ergebnis führen würde.

⁶⁷ Auch das ABGB spricht zB in § 1364 vom Verschaffen einer Sicherheit.

⁶⁸ Vgl *Bachner in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 178 Rz 9; *Rittner in FS Oppenhoff*, 317 (322 ff).

⁶⁹ Vgl etwa *Szep in Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 226 Rz 3: »dem § 178 Abs 1 AktG nachgebildet«.

⁷⁰ Allgemein zur subsidiären Anwendung des Zivilrechts im Sonderprivatrecht vgl *F. Bydliński*, System und Prinzipien des Privatrechts (1996) 431 f; jüngst zur Sonderfrage der subsidiären Anwendbarkeit von § 1043 ABGB im GmbH-Recht vgl *Rüffler/Vonkilch*, Bereicherungsausgleich bei asymmetrischer Gesellschaftssanierung, *ecolex-Script* 2011/44, 1; *Krejci*, Verweigerter Nachschuss und § 1043 ABGB, *RdW* 2011, 261; aktienrechtlich *Schopper in Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 49 Rz 28 und 44.

⁷¹ Art 4 Satz 1 der 4. EVHGB lautete: »In Handelssachen sind die Vorschriften des allgemeinen bürgerlichen Rechts nur insoweit anzuwenden, als nicht die besonders für Handelssachen geltenden Gesetze etwas anderes bestimmen.«

⁷² Vgl auch *F. Bydliński*, System und Prinzipien des Privatrechts (1996) 431 f.

⁷³ Man könnte hier von einer Variante der gespaltenen Auslegung sprechen.

Im Ergebnis sind mE Art und Umfang der nach § 178 Abs 1 AktG zu leistenden Sicherheit – in Ermangelung einer abweichenden vertraglichen Vereinbarung – nach den §§ 1373, 1374 ABGB zu bestimmen. Gleiches gilt für § 226 Abs 1 AktG und § 15 Abs 2 SpaltG. Bei der Anwendung der §§ 1373, 1374 ABGB im aktien- und umgründungsrechtlichen Kontext sind aber – wie ganz allgemein bei der subsidiären Anwendung des Zivilrechts in Sonderprivatrechten – die besonderen Zwecke und Prinzipien der Sondermaterie zu berücksichtigen. Nachstehend werden ausgewählte Fragen zur Art der Sicherstellung auf der Grundlage der soeben dargelegten Prinzipien behandelt.

b) Sicherstellung durch Hypotheken an im Ausland belegenen Immobilien

Wer verpflichtet ist, eine Sicherstellung zu leisten, hat diese Pflicht vorrangig durch ein Handpfand oder durch eine Hypothek zu erfüllen (§ 1373 ABGB). Die praktisch naheliegende Frage, ob auch Hypotheken an im Ausland befindlichen Liegenschaften ein geeignetes Sicherungsmittel iSd § 1373 Satz 1 ABGB sind, wurde bislang – soweit ersichtlich – nicht näher erörtert. Im vorliegenden Zusammenhang hätte das einerseits zur Folge, dass ein Gläubiger, der von der Gesellschaft die Leistung einer Sicherheit gem §§ 178 Abs 1, 226 Abs 1 AktG oder § 15 Abs 2 SpaltG begehrt, auch eine Hypothek an einer ausländischen Liegenschaft akzeptieren müsste, sofern diese auch umfangmäßig den gesetzlichen Anforderungen entspricht. Andererseits könnte ein sicherstellungsberechtigter Gläubiger eine als Sicherheit angebotene Bürgschaft unter Berufung auf den in § 1373 ABGB verankerten Vorrang der Realsicherheiten verweigern, solange die Gesellschaft über Liegenschaften im Ausland verfügt, die unbelastet sind und als Mittel zur Besicherung der Forderung des Gläubigers in Betracht kommen.

Voraussetzungen und Wirkungen eines Grundpfandrechts richten sich nach dem Recht des Staates, innerhalb dessen das fragliche Grundstück belegen ist.⁷⁴ Das Sachenrechtsstatut gilt für alle Fragen der Änderung (§ 31 Abs 1 IPRG) und des Inhalts (§ 31 Abs 2 IPRG) dinglicher Rechte und Rechtspositionen.⁷⁵ Bietet eine Gesellschaft den Gläubigern Hypotheken auf im Ausland belegene Liegenschaften, richten sich die Voraussetzungen und Wirkungen eines Grundpfandrechts daher nach der *lex rei sitae*.

Die §§ 1373, 1374 ABGB differenzieren bei der Hypothek nicht zwischen solchen nach österreichischem Recht auf in Österreich gelegenen Liegenschaften und Hypotheken nach ausländischem Recht auf Liegenschaften im Ausland. Der Wortlaut von § 1373 ABGB spricht vielmehr dafür, dass uneingeschränkt auch Hypotheken nach ausländischem Recht auf im Ausland befindliche Liegenschaf-

⁷⁴ Vgl § 31 Abs 1 IPRG; *Posch*, Internationales Privatrecht⁵ Rz 13/2 ff.

⁷⁵ Siehe *Verschraegen* in *Rummel*, ABGB³ IPRG § 31 Rz 9.

ten zulässige Sicherungsmittel gem § 1373 ABGB sein könnten.⁷⁶ Der historische Gesetzgeber dürfte nicht daran gedacht haben, dass auch ausländische Liegenschaften zulässig sein könnten. Jedenfalls wird die Möglichkeit von Hypotheken an ausländischen Liegenschaften auch in der älteren Kommentarliteratur – soweit ersichtlich – nicht problematisiert.⁷⁷ Nur bei der subsidiär als Sicherungsmittel zulässigen Bürgschaft schränkt § 1374 ABGB den Kreis von Bürgen unter anderem auf Personen ein, die im Inland geklagt werden können. Diese Einschränkung erfolgt zum Schutze der Gläubiger. Damit verfolgt der Gesetzgeber offensichtlich den Zweck, den sicherstellungsberechtigten Gläubiger vor einer unzumutbaren Rechtsdurchsetzung seiner Sicherungsinteressen im Ausland zu bewahren.

Fraglich ist, ob aus der in § 1374 ABGB enthaltenen Einschränkung auf im Inland klagbare Bürgen der Schluss gezogen werden kann, dass eine entsprechende Einschränkung auch bei Hypotheken gem § 1373 ABGB vorzunehmen ist. Dies ist aus Gründen des gleichgelagerten Schutzzwecks beider Normen nicht ausgeschlossen. In Anlehnung an die in § 1374 ABGB enthaltene Einschränkung auf im Inland klagbare Bürgen könnte durchaus auch bei Hypotheken vertreten werden, dass ein Gläubiger nur eine Hypothek nach österreichischem Recht durch ein Pfandrecht an einer in Österreich befindlichen Liegenschaft als Sicherheit iSd § 1373 ABGB akzeptieren muss. Damit wären die Gläubiger vor einer unzumutbaren Rechtsdurchsetzung ihrer Sicherungsinteressen im Ausland und nach einer fremden Rechtsordnung bewahrt.

Zu bedenken ist dabei, dass die Einschränkung auf im Inland klagbare Bürgen in § 1374 ABGB erst seit dem Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001 (BGBl I 2000/135) besteht. In der alten Fassung verlangte § 1374 letzter Satz ABGB, dass der Bürge in der(selben) Provinz⁷⁸ belangt werden kann. Für die Zulässigkeit ausländischer Liegenschaften spricht, dass der Gesetzgeber bei der Änderung des § 1374 ABGB durch das Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001 die Bestimmungen der §§ 230 ff ABGB im Blick hatte.⁷⁹ Es liegt daher nahe, dass die Unterscheidung zwischen § 230c ABGB, der ausdrücklich auf inländische Liegenschaften abstellt, und den §§ 1373, 1374 ABGB, wo dies nicht der Fall ist, gewollt ist.⁸⁰ Die Einschränkung auf inländische Liegenschaften bei der

⁷⁶ Im Unterschied dazu verlangt etwa § 230d ABGB zur Anlegung von Mündelgeld ausdrücklich inländische Liegenschaften. Die Vorschrift ist mE unionsrechtlich bedenklich.

⁷⁷ Vgl etwa Zeiller, Kommentar IV 49–52; Wolff in Klang VI² 260 f.

⁷⁸ Gemeint: In demselben Bundesland; Wolff in Klang VI² 261.

⁷⁹ Denn diese Bestimmungen wurden mit demselben Gesetz beschlossen. Zum Zusammenhang zwischen § 230 ABGB und §§ 1373 f ABGB siehe bereits Wolff in Klang VI² 260.

⁸⁰ Auch die Materialien zur Einführung des § 230c ABGB mit BGBl 1977/403 enthalten keine klare Stellungnahme zu der Frage, warum § 230c ABGB auf inländische Liegenschaften abstellt; vgl auch ErläutRV 73 BlgNr 14. GP 11 f.

Besicherung von Darlehen, welche die Anlage von Mündelgeldern betreffen, beruht auf dem spezifischen Schutz, der Mündeln zukommt. Dass der Schutz von Mündeln ausgeprägter als der sonstiger Gläubiger ist, zeigt sich auch an den zusätzlichen Voraussetzungen, die § 230c ABGB aufstellt.⁸¹ Eine Differenzierung zwischen gesetzmäßiger Besicherung bei der Anlage von Mündelgeldern und der allgemeinen gesetzmäßigen Besicherung ist auch sachgerecht. Gegen die Zulässigkeit von ausländischen Liegenschaften spricht mE auch nicht die beabsichtigte⁸² Anpassung der §§ 1373, 1374 ABGB an § 151 EO. Obwohl nur für Hypotheken an inländischen Liegenschaften eine Liegenschaftsversteigerung nach der EO in Frage kommt, beruht die Anpassung der §§ 1373, 1374 ABGB an § 151 EO auf der zutreffenden Überlegung des Gesetzgebers, dass wohl die meisten Liegenschaften bei einer gesetzmäßigen Besicherung im Inland belegen und aufeinander abgestimmte Bestimmungen daher zweckmäßig sind. Ein Ausschluss von ausländischen Liegenschaften als Sicherungsmittel gem § 1373 ABGB kann daraus nicht abgeleitet werden.

Die Rechtslage in Deutschland ist mit jener in Österreich nicht vergleichbar. Die Parallelbestimmung zu § 1373 ABGB in Deutschland, § 232 BGB, lautet in der hier interessierenden Passage: »*Wer Sicherheit zu leisten hat, kann dies bewirken (...) durch Bestellung von Hypotheken an inländischen Grundstücken.*« Entsprechende (ausländische) Pfandrechte an ausländischen Grundstücken scheiden grundsätzlich aus.⁸³ Nach der hM in Deutschland sind bei der Hypothekenbestellung die Erfordernisse der Mündelsicherheit zu wahren.⁸⁴ Für die österreichische Rechtslage hätte dies zur Folge, dass eine zu besichernde Liegenschaft im Inland belegen und feuerversichert sein müsste.⁸⁵ Zudem müssten die Einschränkungen nach § 230c Abs 2 ABGB eingehalten werden, die unter anderem die Beiziehung eines Sachverständigen vorsehen. Solch eine Auslegung fände in den §§ 1373, 1374 ABGB aber keinerlei Deckung mehr.

In Deutschland wird im Übrigen vertreten, dass § 232 Abs 1 Fall 5 BGB gegen die Kapitalverkehrsfreiheit der Art 63 ff AEUV (ex-Art 56 ff EG-Vertrag) verstößt, soweit die Bestimmung akzessorische Pfandrechte an Grundstücken anbelangt, die im EU-Ausland belegen sind.⁸⁶ Eine restriktive Auslegung von § 1373 ABGB, wonach auch diese Bestimmung auf Hypotheken an inländischen

⁸¹ Feuerversicherung § 230c Abs 1 ABGB. Siehe auch Abs 2 leg cit.

⁸² Vgl JAB 366 BlgNR 21. GP, 3: »Die erwähnten Regelungen werden an § 151 EO in der Fassung der Exekutionsordnungs-Novelle 2000 angepasst.«

⁸³ *Fabse* in *Soergel*, BGB § 232 Rz 10; *Grothe* in *MünchKomm BGB*⁶ § 232 Rz 9.

⁸⁴ *Reppen* in *Staudinger*, BGB (Neubearbeitung 2009) § 232 Rz 10; *Grothe* in *MünchKomm BGB*⁶ § 232 Rz 9.

⁸⁵ 230c Abs 1 ABGB, dazu schon oben.

⁸⁶ *Grothe* in *MünchKomm BGB*⁶ § 232 Rz 9; *Reppen* in *Staudinger*, BGB (Neubearbeitung 2009) § 232 Rz 10.

Grundstücken beschränkt sei, wäre denselben europarechtlichen Bedenken ausgesetzt. Daher ist bei der Auslegung von § 1373 ABGB mE davon auszugehen, dass eine Hypothek an einer im EU-Ausland befindlichen Liegenschaft aus unionsrechtlichen Gründen einer Hypothek im Inland gleichzustellen ist. Dafür spricht auch der Gesetzeswortlaut von § 1373 ABGB, der weiter ist als die Parallelnorm in Deutschland. Bei Hypotheken an Grundstücken in Drittstaaten, die dann auch ausländischem Sachenrecht unterliegen, ist – trotz des weiten Gesetzeswortlauts von § 1373 ABGB – im Einzelfall zu prüfen, ob die einem ausländischen Recht unterliegende Hypothek dem Gläubiger eine Rechtsposition verschafft, die mit jener eines Hypothekargläubigers nach österreichischem Recht vergleichbar ist. Nur in diesem Fall und unter der zusätzlichen Voraussetzung, dass für den Gläubiger die Durchsetzung seiner Sicherungsansprüche nach dem ausländischen Recht auch zumutbar ist, stellt eine Hypothek an einer in einem Drittstaat befindlichen Liegenschaft mE ein zulässiges Sicherungsmittel iSd §§ 1373, 1374 ABGB iVm §§ 178 Abs 1, 226 Abs 1 AktG oder § 15 Abs 2 SpaltG dar.

c) Sicherstellung durch Verpfändung von Gesellschaftsanteilen

Neben der Hypothek kommt als gleichrangiges primäres Sicherungsmittel gem § 1373 Satz 1 ABGB auch »*ein Handpfand*« in Betracht. Faustpfand und Hypothek sind gleichwertig. Die Auswahl der Pfandgegenstände steht grundsätzlich der zur Sicherstellung verpflichteten Gesellschaft zu.⁸⁷ Weder beim Handpfand noch bei der Hypothek kann der sicherstellungsberechtigte Gläubiger bestimmte Pfandgegenstände als Sicherheit fordern.⁸⁸ Bietet die Gesellschaft dem sicherstellungsberechtigten Gläubiger eine Sicherheit an, die den Anforderungen der §§ 1373, 1374 ABGB entspricht, hat sie ihre Sicherstellungspflicht gem §§ 178 Abs 1, 226 Abs 1 AktG oder § 15 Abs 2 SpaltG erfüllt.⁸⁹ Dem Gläubiger bleibt es dennoch unbenommen, dies im Wege einer Leistungsklage gerichtlich überprüfen zu lassen.

Eine Definition von Gegenständen, die als Handpfand iSd § 1373 Satz 1 ABGB geeignet sind, enthält die Bestimmung nicht. § 1374 Satz 1 ABGB steckt lediglich ab, in welcher Höhe im Zweifel eine Pfandbestellung zur Erfüllung eines Sicherstellungsanspruches ausreichend ist. Unter dem Begriff »*Handpfand*« gem § 1373 Satz 1 ABGB ist ein Pfandrecht an einer beweglichen Sache

⁸⁷ § 1373 iVm § 906 Abs 1 ABGB; im Ergebnis ebenso *Mader/W. Faber in Schwimann*, ABGB³ §§ 1373, 1374 Rz 2; *Oberhammer/Domej in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 §§ 1373, 1374 Rz 6.

⁸⁸ OGH 19.4.1977, 5 Ob 535/77.

⁸⁹ Von einer einmal getroffenen Auswahl des Sicherungsmittels kann die Gesellschaft nicht ohne weiteres abgehen (§ 906 Abs 1 Satz 2 ABGB).

zu verstehen. Das folgt aus der in § 448 Satz 2 1. Halbsatz ABGB enthaltenen Legaldefinition des Handpfands und entspricht auch im Zusammenhang mit § 1373 ABGB der hL⁹⁰, die hier ein »*Handpfand*« mit einem Faustpfand an einer beweglichen Sache gleichsetzt.

Als Pfandgegenstand kommen grundsätzlich alle selbständigen Sachen iSd § 285 ABGB, »*die im Verkehr stehen*«, also verwertbar sind (§ 448 ABGB), in Betracht.⁹¹ Vom weiten Sachbegriff des § 285 ABGB erfasst sind körperliche und unkörperliche Sachen (§ 292 ABGB).⁹² Zu Letzteren zählen unter anderem unverbriefte Rechte bzw ein unverbrieftes Mitgliedschaftsverhältnis wie der GmbH-Geschäftsanteil oder die Mitgliedschaft an einer Personengesellschaft.⁹³ GmbH-Geschäftsanteile, Anteile an einer OG oder KG und Aktien fallen daher unabhängig von der Verbriefung unter den weiten Sachbegriff gem § 285 iVm § 292 ABGB.

Der Pfandgegenstand muss zudem (durch Verkauf oder zumindest Zwangsverwaltung oder -verpachtung) »*verwertbar*« sein.⁹⁴ § 135 UGB ordnet für die Exekution durch Gläubiger eines Gesellschafters einer Personengesellschaft an, dass der Privatgläubiger eines solchen Gesellschafters, nachdem er innerhalb der letzten sechs Monate ohne Erfolg eine Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen des Gesellschafters versucht hat, die Pfändung des dem Gesellschafter zustehenden Auseinandersetzungsguthabens beantragen kann. Das UGB geht insoweit von der gerichtlichen Pfändbarkeit und damit auch von der Verwertbarkeit des Auseinandersetzungsguthabens aus.⁹⁵

Das entspricht auch der hL zur Tauglichkeit des OG- und KG-Anteils als Exekutions-⁹⁶ und Pfandobjekt⁹⁷. § 124 Abs 1 UGB schließt weder die Übertragbarkeit noch die Verpfändbarkeit des OG-Anteils generell aus. Allerdings erfordert diese Bestimmung die Zustimmung sämtlicher Gesellschafter im Falle der Verpfändung eines Anteils, es sei denn, der Gesellschaftsvertrag enthält eine ab-

⁹⁰ *Klang* in *Klang* VI², 260; *Mader/W. Faber* in *Schwimmann*, ABGB³ §§ 1373, 1374 Rz 2; *Oberhammer/Domej* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 §§ 1373, 1374 Rz 2.

⁹¹ Siehe zB *Iro*, Sachenrecht⁴ Rz 9/10.

⁹² *Helmich* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 285 Rz 1.

⁹³ *Klicka* in *Schwimmann*, ABGB³ § 292 Rz 5; *Helmich* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 292 Rz 11; speziell im Zusammenhang mit der Anteilsübertragung und Anteilsverpfändung im OG-Recht *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 2/598 f mwN.

⁹⁴ § 448 ABGB; vgl auch *Hinteregger* in *Schwimmann*, ABGB³ § 448 Rz 1; *Oberhammer/Domej* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 448 Rz 2 jeweils mit Beispielen für nicht verwertbare Urkunden.

⁹⁵ Wie § 448 ABGB stellt auch § 331 EO auf die Verwertbarkeit der Sache ab.

⁹⁶ Vgl dazu *Oberhammer* in *Angst*, EO² § 331 Rz 23 f; jüngst auch *Reich-Rohrwig*, Verpfändung und Pfändung von OG- und KG-Anteilen, *ecolex* 2011, 4.

⁹⁷ *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 2/599; *Reich-Rohrwig*, *ecolex* 2011, 4 (5) mwN; offenbar aA *Oberhammer/Domej* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 448 Rz 14.

weichende Regel.⁹⁸ Im Zusammenhang der Verpfändung von OG-Anteilen ist mE auf eine Besonderheit des Personengesellschaftsrechts hinzuweisen: Im Unterschied zum österreichischen GmbH- und Aktienrecht kennt das Gesetz für die gesetzestypischen Personengesellschaften keinen mit dem Verbot der Einlagenrückgewähr entsprechenden zwingenden Kapitalschutz.⁹⁹ An Stelle des Gläubigerschutzes durch den Kapitalerhaltungsgrundsatz tritt der Gläubigerschutz durch die unbeschränkte Haftung zumindest eines Gesellschafters (bei einer KG), wobei im Innenrecht durchaus Regeln mit Sanktionen für verdeckte Ausschüttungen existieren.¹⁰⁰ Für den durch Verpfändung von OG- oder KG-Geschäftsanteilen sichergestellten Gläubiger bedeutet das im vorliegenden Zusammenhang, dass er nicht in einem mit dem GmbH- und Aktienrecht entsprechenden Maße vor Vermögensabflüssen aus dem OG-Vermögen an deren Gesellschafter geschützt ist.¹⁰¹ Das spricht mE nicht generell gegen die Zulässigkeit der Sicherstellung durch Verpfändung von OG- oder KG-Anteilen im Anwendungsbereich des § 1373 ABGB, wird aber bei einer Verkehrswertprüfung des von der Gesellschaft angebotenen Pfands gem § 1374 ABGB wertmindernd ins Gewicht fallen. Ganz allgemein schließt die Gefahr eines späteren Wertverfalls der Pfandsache nicht ihre Tauglichkeit als Handpfand iSd § 1373 ABGB aus. Der Gläubiger ist nach § 458 ABGB geschützt.

GmbH-Anteile können gem § 76 Abs 3 GmbHG formlos verpfändet werden.¹⁰² Sie sind ebenfalls als Pfand iSd § 1373 ABGB geeignet. Als Pfandobjekt geeignet sind grundsätzlich auch Inhaber- und Namensaktien und zwar im Allgemeinen unabhängig davon, ob eine Einzel- oder Sammelverbriefung bzw gar keine Verbriefung erfolgt ist.¹⁰³ Im Detail bestehen aber Unterschiede bei der Begründung des Pfandrechts.¹⁰⁴

Im Ergebnis ist festzuhalten: In Ermangelung einer Einschränkung in den §§ 1373, 1374 ABGB und einer speziellen vertraglichen Vereinbarung, sind als Handpfand iSd § 1373 ABGB grundsätzlich alle beweglichen Sachen geeignet, die nach allgemeinen Grundsätzen als Pfandobjekt in Betracht kommen. Daher

⁹⁸ Näher dazu *Reich-Rohrwig*, *ecolex* 2011, 4 (5) mwN.

⁹⁹ Anderes gilt nach der Rsp für verdeckte Kapitalgesellschaften; vgl OGH 29.5.2008, 2 Ob 225/07p.

¹⁰⁰ Vgl etwa *Bitter*, *Rechtsperson und Kapitalerhaltung – Gesellschafterschutz vor »verdeckten Gewinnausschüttungen«* bei Kapital- und Personengesellschaften, *ZHR* 168 (2004), 302 ff.

¹⁰¹ Allerdings könnte die Gefahr des Vermögensabflusses durch eine entsprechende vertragliche Vereinbarung (etwa in Form eines Ausschüttungsverbots) zugunsten des Sicherstellungsgläubigers entschärft werden.

¹⁰² Dazu etwa *Koppensteiner/Rüffler*, *GmbHG*³ § 76 Rz 28; *Oberhammer/Domej* in *Kletečka/Schauer*, *ABGB-ON* 1.00 § 448 Rz 14.

¹⁰³ Siehe *Schopper* in *Jabornegg/Strasser*, *AktG*⁵ § 9 Rz 38 f und § 10 Rz 42 ff; *Oberhammer/Domej* in *Kletečka/Schauer*, *ABGB-ON* 1.00 § 448 Rz 14.

¹⁰⁴ Vgl *Schopper* in *Jabornegg/Strasser*, *AktG*⁵ § 9 Rz 38 f und § 10 Rz 42 ff.

erfüllen GmbH-Geschäftsanteile, Aktien und OG- bzw KG-Anteile grundsätzlich die Qualifikation als Handpfand iSd § 1373 ABGB (argumentum lege non distinguente). Auch aus § 178 Abs 1 AktG und Art 32 Abs 1 der RL 77/91/EWG, zuletzt geändert durch die RL 2006/68/EG, folgt nichts Gegenteiliges. Eine Einschränkung, dass bestimmte Sicherungsmittel wie zB Geschäftsanteile als Sicherheit im Falle einer Kapitalherabsetzung von vornherein ausgeschlossen wären, sieht Art 32 idF RL 2006/68/EG nicht vor. Vielmehr überlässt die RL die nähere Ausgestaltung des Sicherstellungsanspruches ausdrücklich den Mitgliedstaaten. Insoweit steht die RL 77/91/EWG idF RL 2006/68 EG der hier vertretenen Anwendung und Auslegung der §§ 1373, 1374 ABGB nicht entgegen.¹⁰⁵ Im Einzelnen gesondert zu prüfen sind jedoch gesellschaftsvertragliche und vertragliche Einschränkungen, die dazu führen können, dass ein Pfandrecht an einem bestimmten Geschäftsanteil nicht begründet werden kann bzw besondere Zustimmungserfordernisse im Zusammenhang mit der Pfandrechtsbegründung oder der Verwertung des Pfandrechts durch den Gläubiger bestehen. Gegen die Tauglichkeit als Pfandobjekt würde zB auch der Umstand sprechen, dass der Geschäftsanteil bereits verpfändet ist.

Die Rechtslage in Österreich ist mit jener in Deutschland aufgrund des unterschiedlichen Wortlauts wiederum nur eingeschränkt vergleichbar. Den §§ 232 ff BGB liegt noch das Konzept abgestufter Bewertungen für die einzelnen Sicherheiten zugrunde. Während Bargeld und mündelsichere Hypothekendarlehen¹⁰⁶ mit 100 % des Wertes als Sicherheit gelten,¹⁰⁷ dürfen (mündelsichere) Wertpapiere sowie Forderungen gegen den Bund nur mit 3/4 des Wertes veranschlagt werden (§§ 234, 236 BGB). Bewegliche Sachen dürfen dagegen nur mit 2/3 des Wertes angesetzt werden (§ 237 BGB). Der österreichische Gesetzgeber hat sich von diesem Konzept verabschiedet. Seit dem Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001¹⁰⁸ können alle Sicherheiten nur noch mit 50 % des Schätzwertes angesetzt werden. Fraglich ist, ob unter den Begriff »bewegliche Sachen« iSd §§ 232, 237 BGB auch Geschäftsanteile zu subsumieren sind. Für Forderungen, unter die auch Geschäftsanteile fallen,¹⁰⁹ hat der Große Senat für Zivilsachen in anderem Zusammenhang vertreten, dass für diese ebenfalls 2/3 des Wertes angesetzt werden sollen.¹¹⁰ Auch in Deutschland kommt es bei der Unterscheidung zwischen

¹⁰⁵ Vgl zur unionsrechtlichen Problematik aus Sicht des dAktG bzw des BGB, *Ekkenga*, Der Konzern 2007, 413 (414); *Habersack/Verse*, Europäisches Gesellschaftsrecht⁴ 185; *Grundmann*, Europäisches Gesellschaftsrecht² 189 mwN.

¹⁰⁶ Dazu *Reppen* in *Staudinger*, BGB (Neubearbeitung 2009) § 238 Rz 3.

¹⁰⁷ Zum Bargeld siehe *Ellenberger* in *Palandt*, BGB⁷¹ § 232 Rz 3.

¹⁰⁸ BGBl I 2000/135.

¹⁰⁹ Vgl nur *Damrau* in MünchKomm BGB⁶ § 1274 Rz 51 ff.

¹¹⁰ NJW 1998, 671; vgl dazu *Reppen* in *Staudinger*, BGB (Neubearbeitung 2009) § 237 Rz 1; *Grotbe* in MünchKomm BGB⁶ § 237 Rz 1.

primären und subsidiären Sicherheiten letztlich auf die Insolvenzfestigkeit, dh die Möglichkeit zur Absonderung (§ 48 IO, in D §§ 49-51 InsO) an.¹¹¹ Diese ist bei der Verpfändung von Geschäftsanteilen gegeben.

Auch die Frage, ob Anteile an Gesellschaften mit Sitz im Ausland ein nach § 1373 ABGB zulässiges Handpfand darstellen, wurde – soweit ersichtlich – bislang nicht näher untersucht. Das Problem ist mE analog zur Frage zu lösen, ob die Besicherung durch eine Hypothek an einer im Ausland befindlichen Liegenschaft vom sicherstellungsberechtigten Gläubiger abgelehnt werden darf, freilich unter Beachtung der Unterschiede im Kollisionsrecht.¹¹²

Anteile an der sicherstellungspflichtigen Gesellschaft selbst (zB von einem Gesellschafter zur Verfügung gestellt) kämen nach dem weiten Wortlaut der §§ 1373, 1374 ABGB zwar grundsätzlich als Sicherungsmittel in Betracht, sind aber aus Gründen des Gläubigerschutzes kein geeignetes Sicherungsmittel. Im Falle der Insolvenz der sicherstellungspflichtigen Gesellschaft bieten die Anteile den Gläubigern keinen zusätzlichen Haftungsfonds.

d) Bürgschaften durch Mutter- und Tochtergesellschaften

Nach dem Wortlaut von § 1373 ABGB ist die Sicherstellung durch Bürgschaft nur zulässig, wenn der Schuldner »ein Pfand zu geben außer Stande ist«.¹¹³ Diese Voraussetzung liegt nach der in Österreich hA¹¹⁴ vor, wenn eine Pfandbestellung mangels entsprechender (nicht bereits übermäßig belasteter) Vermögensgegenstände des Schuldners unmöglich ist. Hält eine Gesellschaft selbst keine Liegenschaften, sondern lediglich Beteiligungen an Tochtergesellschaften, in deren Vermögen sich Liegenschaften befinden, ist für die Muttergesellschaft eine Pfandbestellung an Liegenschaften mangels entsprechender Vermögensgegenstände unmöglich. Maßgebend können für die Pfandbestellung nach § 1373 ABGB nur jene Vermögensgegenstände sein, die sich im Eigentum des zur Sicherstellung Verpflichteten befinden. Weder aus dem Wortlaut noch aus dem Zweck von § 1373 ABGB lässt sich der Grundsatz ableiten, dass eine Sicherstellung durch Bürgschaft erst zulässig wäre, wenn der Schuldner außer Stande ist, von einem Dritten ein Pfand zu bestellen.¹¹⁵ Der Bestellung einer Hypothek durch die Tochter- zugunsten der Muttergesellschaft steht in rechtlicher Hinsicht auch das

¹¹¹ Vgl NVwZ, 1122; *Reppen* in *Staudinger*, BGB (Neubearbeitung 2009) § 232 Rz 1.

¹¹² Siehe dazu oben V.b.

¹¹³ AA in Bezug auf § 178 Abs 1 AktG *Nagele/Lux* in *Jabornegg/Strasser*, AktG³ § 178 Rz 13.

¹¹⁴ Siehe *Hofmann* in *Rummel*, ABGB³ § 1373 Rz 2; *Oberhammer/Domej* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 1373 Rz 4; *Mader/Faber* in *Schwimann*, ABGB³ §§ 1373, 1374 Rz 5.

¹¹⁵ Zu bedenken ist, dass die Gesellschaft zwar nicht die Liegenschaften ihrer Tochtergesellschaften verpfänden kann, jedoch die Anteile an den Tochtergesellschaften (siehe oben V.c.). Die Bürgschaft durch eine Tochtergesellschaft spielt daher vor allem dann eine Rolle, wenn die Anteile bereits belastet sind.

Verbot der Einlagenrückgewähr (§ 52 AktG bzw § 82 GmbHG) entgegen, wenn es sich bei der Tochtergesellschaft um einen Rechtsträger handelt, für den die zwingenden Kapitalerhaltungsvorschriften gelten.¹¹⁶

Ein Gläubiger muss eine Bürgschaft als Sicherheit nur annehmen, wenn eine Pfandbestellung durch den Schuldner nicht möglich ist und es sich darüber hinaus um einen »*tauglichen Bürgen*« handelt, der »*im Inland geklagt*« werden kann (§ 1373 ABGB). Der taugliche Bürge muss nach völlig hA über ein angemessenes Vermögen¹¹⁷ verfügen.¹¹⁸ Dabei soll dem Gericht Ermessen zukommen.¹¹⁹ Die in § 1374 Satz 1 ABGB vorgegebene Wertrelation kann hier nach der Ansicht von *Oberhammer/Domej*¹²⁰ eine Orientierungsgröße abgeben. Angemessenheit idS läge nach dieser strengen Ansicht also vor, wenn das pfändbare Vermögen die Schulden des Bürgen um einen Betrag übersteigt, der etwa dem Doppelten der zu sichernden Forderung entspricht. Nach der in Deutschland hA zur insoweit vergleichbaren Rechtslage ist der Begriff des Vermögens im umfassenden (wirtschaftlichen) Sinne zu verstehen; gefordert ist ein hinreichendes »*Eigenkapital*«, das die jederzeitige Zahl- und notfalls Vollstreckbarkeit der Bürgschaftsschuld gewährleisten muss.¹²¹ Die Summe seiner geldwerten Güter unter Abzug der Schulden einschließlich der unpfändbaren Gegenstände muss die Höhe der zu leistenden Sicherheit übersteigen.¹²² Nach einer weiteren Ansicht muss das pfändbare Vermögen des Bürgen (deutlich) größer sein als die Summe seiner Schulden.¹²³ Im Unterschied zu § 1374 ABGB verlangt § 56 Abs 2 ZPO einen »*zahlungsfähigen Bürgen*«. Daher ist bei der Beurteilung der Bonität des Bürgen gem § 1374 ABGB – anders als bei § 56 Abs 2 ZPO – nicht (vorrangig) auf die Liquidität im Sinne der insolvenzrechtlichen Terminologie abzustellen.¹²⁴ Grundsätzlich gehören auch Grundstücke, die sich im Eigentum des potenziellen Bürgen befinden, zu seinem pfändbaren Vermögen und sind daher bei der Bonitätsprüfung nach § 1374 ABGB zu berücksichtigen.¹²⁵

¹¹⁶ Bei Anwendbarkeit der Kapitalerhaltungsvorschriften müsste die Pfandbestellung einem Drittvergleich standhalten bzw es müsste bei der Tochtergesellschaft eine betriebliche Rechtfertigung für die Bestellung einer Sicherheit vorliegen.

¹¹⁷ Insoweit besteht Übereinstimmung mit dem Gesetzeswortlaut von § 239 Abs 1 BGB: »*Ein Bürge ist tauglich, wenn er ein der Höhe der zu leistenden Sicherheit angemessenes Vermögen besitzt und seinen allgemeinen Gerichtsstand im Inland hat.*«

¹¹⁸ *Klang* in *Klang* VI², 261; *Zeiller*, Kommentar IV, 52.

¹¹⁹ *Klang* in *Klang* VI², 261.

¹²⁰ Siehe *Oberhammer/Domej* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 1373 Rz 4.

¹²¹ Siehe etwa *Dennhardt* in *BeckOK BGB* Ed 12 (1.2.2012) § 239 Rz 1.

¹²² *Grothe* in *MünchKomm BGB*⁶ § 239 Rz 1 mit Verweis auf *BayObLGZ* 1968, 248, 251.

¹²³ *Ellenberger* in *Palandt*, BGB⁷¹ § 239 Rz 1 mit Verweis auf *BayOBLG* in *DB* 1988, 1846.

¹²⁴ IdS wohl auch *Schoibl* in *Fasching/Konecny*² § 56 ZPO Rz 47 mwN.

¹²⁵ So schon *Zeiller*, Kommentar IV 52, der auf ein »*mit der zu erfüllenden Verbindlichkeit im Verhältnisse stehendes (unbewegliches oder bewegliches) Vermögen*« abstellt.

Die vom Gesetz geforderte Tauglichkeit eines Bürgen bestimmt sich nach dem Vorhandensein eines angemessenen Vermögens, wobei auf die soeben genannten Grundsätze abzustellen ist. Auf den Grund der Interzession (zB Verwandtschaft, Konzernverhältnis, wirtschaftliches Interesse des Bürgen) wird in den §§ 1373, 1374 ABGB ebenso wenig abgestellt wie auf die Unabhängigkeit des Bürgen vom Hauptschuldner. Das Vorliegen eines Beteiligungs- bzw Konzernverhältnisses zwischen der sicherstellungspflichtigen Gesellschaft und dem Bürgen schließt mE nicht generell die Sicherheitenbestellung durch Bürgschaft gem § 1373 ABGB aus. Daher ist die Übernahme der Bürgschaft durch die Muttergesellschaft grundsätzlich eine mit § 1373 ABGB vereinbare Art der Sicherstellung.¹²⁶ Gleiches wird für die Abgabe einer Patronatserklärung durch die Muttergesellschaft gelten, wenn die Patronatserklärung den Gläubigern auf Grund ihrer Härte eine mit einer Bürgschaft vergleichbare oder sogar bessere Sicherheit bietet. Auch eine Tochtergesellschaft ist nicht von vornherein bürgschaftsuntauglich für eine Sicherstellung gem §§ 1373, 1374 ABGB.¹²⁷ Entscheidend ist einerseits, dass es sich bei der bürgenden Tochtergesellschaft um eine juristische Person mit ausreichender Bonität handelt. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass die von einer Tochtergesellschaft gewährte Bürgschaft nicht gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstoßen darf, was die Nichtigkeit der Sicherheit zur Folge hätte. Gerade bei der Sicherstellung durch Bürgschaft einer konzernverbundenen Gesellschaft ist mE aus Gründen des Gläubigerschutzes ein besonders strenger Maßstab an die Bonitätsprüfung der bürgenden Gesellschaft anzulegen.¹²⁸

e) Bankgarantie

Eine (Bank-) Garantie gewährt aufgrund ihrer üblichen Abstraktheit noch größere Sicherheit als die Bürgschaft. Obwohl § 1373 ABGB die Garantie nicht ausdrücklich erwähnt, ist heute zu Recht anerkannt, dass sie auch im Anwendungsbereich der §§ 1373, 1374 ABGB anstelle einer Bürgschaft zulässig ist.¹²⁹ Die Bankgarantie stellt somit eine Alternative zur Bürgschaft dar, ändert aber nichts am Vorrang der Realsicherheiten (Hypothek oder Faustpfand).

Das wird auf Grund der subsidiären Anwendbarkeit der §§ 1373, 1374 ABGB grundsätzlich auch für die Sicherstellung gem §§ 178 Abs 1, 226 Abs 1 AktG oder § 15 Abs 2 SpaltG gelten, obwohl dieser strenge Vorrang der Realsicherheiten

¹²⁶ Wie bereits erwähnt ist dies nur eine sekundäre Art der Leistung einer Sicherheit. Vorrang genießen nach § 1373 ABGB Realsicherheiten.

¹²⁷ Ebenso für § 232 BGB BayObLG, 21.7.1988 – BReg. 3 Z 54/88 = MittRhNotK 1988, 235.

¹²⁸ In diese Richtung auch BayObLG, 21.7.1988 – BReg. 3 Z 54/88 = MittRhNotK 1988, 235.

¹²⁹ *Mader/W. Faber* in *Schwimann*, ABGB³ §§ 1373–1374 Rz 7; *Oberhammer/Domej* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON 1.00 § 1373 Rz 2; offenbar aA *Bachner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 178 Rz 9.

ten unionsrechtlich gar nicht geboten wäre. Eine Bankgarantie kommt daher nur als Sicherstellung in Betracht, wenn die Gesellschaft zur Bestellung einer geeigneten Hypothek oder eines Pfandrechts außer Stande ist oder wenn eine Einigung mit dem sicherstellungsberechtigten Gläubiger erzielt wird.¹³⁰ Ein davon abweichendes Ergebnis ließe sich nur mit dem Nachweis begründen, dass besondere Zwecke und Wertungen des Aktien- bzw Umgründungsrechts eine von den §§ 1373, 1374 ABGB abweichende Rangordnung der Sicherungsarten gebieten. Dieser Nachweis ist soweit ersichtlich im österreichischen Schrifttum noch nicht erbracht worden.¹³¹

VI. Wer hat die Kosten für die Sicherstellung zu tragen?

Bei der Pflicht zur Sicherstellung im Falle einer Strukturmaßnahme gem §§ 178 Abs 1, 226 Abs 1 AktG und § 15 Abs 2 SpaltG handelt es sich jeweils um gesetzliche Pflichten der Gesellschaft. Grundsätzlich steht der Gesellschaft im Rahmen der Vorgaben gem §§ 1373, 1374 ABGB eine freie Wahlmöglichkeit der Sicherungsart (Faustpfand oder Hypothek, subsidiär Bürgschaft) und des konkreten Sicherungsmittels zu. Wer die Kosten der Sicherstellung trägt, wird weder von den §§ 178 Abs 1, 226 Abs 1 AktG oder § 15 Abs 2 SpaltG noch von den §§ 1373, 1374 ABGB geregelt. Im Unterschied dazu enthält § 1170b Abs 1 Satz 4 und 5 ABGB eine explizite Regel der Kostentragung für die Sicherstellung bei Bauverträgen. Eine analoge Anwendung dieser Norm auf die hier interessierenden Fälle der Sicherstellung bei gesellschaftsrechtlichen Strukturveränderungen ist aber auf Grund von unüberbrückbaren Wertungsunterschieden ausgeschlossen.

Daher ist auf allgemeine Grundsätze zurückzugreifen. Die Kosten für die Sicherstellung, wie zB die Errichtung von einverleibungsfähigen Urkunden, die Entrichtung der Eintragungsgebühr oder auch die Kosten für die Übernahme einer Bürgschaft durch einen Dritten, sind mE im Verhältnis zur Sicherstellung

¹³⁰ Ebenso *Kalss*, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung² § 226 Rz 220; *Eckert*, aaO EU-VerschG § 13 Rz 14; aA *Bachner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 178 Rz 9 (Bankgarantie nur bei Einigung zwischen Gläubiger und Gesellschaft); wiederum anders *Nagele/Lux* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 178 Rz 13: es genügt eine den §§ 1373 f ABGB entsprechende, aber auch jede andere ausreichende Sicherstellung (insbesondere Bankgarantie); ebenso für Bankgarantie und andere »gleichwertige Sicherheiten« *Kaufmann* in *Frotz/Kaufmann*, Grenzüberschreitende Verschmelzungen (2008) § 13 EuVerschG Rz 10.

¹³¹ Der von *Nagele/Lux* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 178 Rz 13 angeführte bloße Verweis auf die Gefahr einer Blockade der Kapitalherabsetzung durch ansonsten ausreichend besicherte Gläubiger reicht mE nicht für ein generelles Abgehen von den nach dem Wortlaut eindeutig anwendbaren §§ 1373, 1374 ABGB aus. Das Problem lässt sich durch einen Rückgriff auf das Verbot des individuellen Rechtsmissbrauchs des Gläubigers im Einzelfall lösen; dazu bereits oben Kapitel II.

unselbständige Nebenpflichten¹³². Sie bezwecken die Vorbereitung und reibungslose Abwicklung der aus § 178 Abs 1 AktG geschuldeten »Hauptpflicht«. Die sicherstellungspflichtige Gesellschaft ist nicht nur Schuldnerin der Hauptpflicht (zB Bestellung eines Pfandrechts an einer Liegenschaft), sondern sie hat – mangels abweichender Vereinbarung im Vertrag – auch die Kosten zu tragen, die mit der wirksamen Begründung der Sicherheit verbunden sind.

VII. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse in Thesen

- Obwohl unionsrechtlich seit der RL 2006/68/EG ein Spielraum besteht, haben Gläubiger für die Sicherstellung gem § 178 Abs 1 AktG keine Gefährdung ihrer Befriedigungsaussichten glaubhaft zu machen. Gleiches gilt für § 243 AktG. Zur Vermeidung einer vom Gesetzgeber nicht gewollten Übersicherung einzelner Gläubiger muss de lege lata im Einzelfall auf das Verbot des individuellen Rechtsmissbrauchs des Gläubigers zurückgegriffen werden. Das betrifft insbesondere Fälle, in denen der Gläubiger bereits eine den Anforderungen der §§ 1373, 1374 ABGB entsprechende Sicherung hat oder nicht bereit ist, seine anderweitige Sicherheit Zug um Zug gegen Gewährung einer den Anforderungen der §§ 1373, 1374 ABGB entsprechenden Sicherheit aufzugeben.
- De lege ferenda empfiehlt es sich, vom Prinzip der abstrakten Gefährdung in den §§ 178 Abs 1 und § 243 AktG abzugehen und den Sicherstellungsanspruch nur bei Vorliegen einer konkreten Gefahr für die Befriedigungsaussichten des Gläubigers zu gewähren.
- Vom Sicherstellungsrecht ausgenommen sind gem § 178 Abs 1 AktG, § 226 Abs 1 AktG bzw § 13 Abs 1 EU-VerschG, § 15 Abs 2 SpaltG und § 243 AktG Gläubiger, die Befriedigung verlangen können. Besteht ein Kündigungs- oder Rücktrittsrecht zugunsten des Gläubigers, kann das zum Eingreifen dieser Ausnahme und damit zum Entfall des Sicherstellungsanspruches führen. Im Einzelnen ist danach zu differenzieren, ob der Gläubiger von seinem Kündigungs- oder Rücktrittsrecht Gebrauch macht oder sich dazu entschließt, am Vertrag mit der Gesellschaft festzuhalten.
- Der gerichtlich einklagbare Anspruch auf Sicherstellung entsteht kraft Gesetzes, wenn das letzte zu seiner Begründung erforderliche Tatbestandsmerkmal erfüllt wird. Im Regelfall ist das der Zeitpunkt, in dem der Gesellschaft ein den inhaltlichen Mindestanforderungen entsprechendes Sicherstellungsbegehren zugeht. Aus dem Sicherstellungsbegehren muss zumindest deutlich hervorgehen, für welche konkrete Forderung der Gläubiger in welcher Höhe Sicherstel-

¹³² Zum Begriff vgl etwa *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ 5.

lung begehrt. Gem § 226 Abs 1 AktG und § 15 Abs 2 SpaltG muss der Gläubiger darüber hinaus die Gefährdung seiner Forderung glaubhaft machen.

- Bei einer von der Gesellschaft bestrittenen Forderung ist dieser das Recht einzuräumen, freiwillig für den Fall des späteren Prozessverlusts eine Sicherheit zu bestellen. Das gilt auch, wenn die bestrittene Forderung schon fällig wäre. Die freiwillige Sicherstellung einer bestrittenen Forderung hat den Zweck, dass die Gesellschaft bereits vor dem rechtskräftigen Abschluss des darüber geführten Gerichtsverfahrens die Ausschüttung vornehmen kann. Die Ausschüttungssperre gem § 178 Abs 2 AktG greift dann nicht ein.
- §§ 178 Abs 1, 226 Abs 1 AktG und § 15 Abs 2 SpaltG statuieren lediglich eine Pflicht zur Sicherstellung. Art und Höhe der Sicherstellung richten sich – mangels abweichender vertraglicher Vereinbarung – nach den im Aktien- und Umgründungsrecht subsidiär anwendbaren §§ 1373, 1374 ABGB.
- Eine Hypothek an einer im EU-Ausland befindlichen Liegenschaft ist im Rahmen der Sicherstellung nach § 1373 ABGB einer Hypothek an einer inländischen Liegenschaft gleichzustellen. Bei Hypotheken an Grundstücken in Drittstaaten ist im Einzelfall zu prüfen, ob die einem ausländischen Recht unterliegende Hypothek dem Gläubiger eine Rechtsposition verschafft, die mit jener eines Hypothekargläubigers nach österreichischem Recht vergleichbar ist. Nur in diesem Fall und unter der zusätzlichen Voraussetzung, dass für den Gläubiger die Durchsetzung seiner Sicherungsansprüche nach dem ausländischen Recht auch zumutbar ist, stellt eine Hypothek an einer in einem Drittstaat befindlichen Liegenschaft ein zulässiges Sicherungsmittel iSd §§ 1373, 1374 ABGB iVm §§ 178 Abs 1, 226 Abs 1 AktG oder § 15 Abs 2 SpaltG dar.
- Die Verpfändung von GmbH-Geschäftsanteilen, Aktien und OG- bzw KG-Anteilen ist grundsätzlich eine als Handpfand iSd § 1373 ABGB geeignete Art der Sicherheitsleistung (*argumentum lege non distinguente*).
- Die Übernahme der Bürgschaft durch die Muttergesellschaft ist grundsätzlich eine mit § 1373 ABGB vereinbare Art der Sicherstellung. Auch eine Tochtergesellschaft ist nicht von vornherein bürgschaftsuntauglich für eine Sicherstellung gem §§ 1373, 1374 ABGB, allerdings darf die von einer Tochtergesellschaft gewährte Bürgschaft nicht gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr verstoßen.
- Die Bankgarantie stellt im Rahmen der §§ 1373, 1374 ABGB eine Alternative zur Bürgschaft dar, ändert aber nichts am Vorrang der Realsicherheiten.
- Die nach §§ 178 Abs 1, 226 Abs 1 AktG oder § 15 Abs 2 SpaltG sicherstellungspflichtige Gesellschaft hat die Kosten zu tragen, die mit der wirksamen Begründung der Sicherheit verbunden sind. Davon abweichende vertragliche Vereinbarungen sind zulässig.