

3. Dem Nebenintervenienten auf Klagsseite ist keine Äußerungsmöglichkeit bezüglich der Verfahrensfortsetzung einzuräumen. Der Nebenintervenient kann nämlich gem § 19 Abs 1 ZPO keine Dispositionsakte, wie etwa die Klagsrücknahme, setzen; ihm ist jede Sachlegitimation zur Verfügung über den Streitgegenstand abzusprechen (*Fucik in Rechberger*, ZPO<sup>4</sup> § 19 Rz 2; *Schubert in Fasching/Konecny*, ZPO<sup>2</sup> § 19 Rz 3).

### Aus der Begründung:

2.2.1. Wird die bekl KapGes während eines anhängigen Prozesses gelöscht, ist das Verfahren auf Begehren des Kl fortzusetzen. Strebt der Kl hingegen nicht die Fortsetzung des Verfahrens gegen die gelöschte Gesellschaft an, ist die Klage zurückzuweisen und das bisherige Verfahren für nichtig zu erklären (8 ObA 2344/96 f [verst Senat] SZ 71/175; RIS-Justiz RS0110979).

2.2.2. Die Grundsätze der E SZ 71/175 sind auch auf eine bekl GmbH bei Abweisung eines Konkursantrags mangels kostendeckenden Vermögens nach Klagsrhebung anzuwenden (RIS-Justiz RS0110979 [T 2]). Dem entspricht § 71 b Abs 1 IO in der Fassung des IRÄG 2010 (BGBl I 2010/29), wenn das Insolvenzverfahren mangels kostendeckenden Vermögens nicht eröffnet wird.

2.2.3. Der Kl hat somit ein Wahlrecht (1 Ob 153/02 k ua). Wird dem Kl die Tatsache der Auflösung der bekl KapGes nach § 39 Abs 1 oder § 40 Abs 1 FBG bekannt, hat er binnen angemessener Frist dem Gericht bekannt zu geben, dass er von der Verfahrensfortsetzung abstehe, widrigenfalls sein Fortsetzungswille unterstellt wird (7 Ob 242/03 v; 4 Ob 281/04 h; RIS-Justiz RS0035195 [T 13]; RS0035204 [T 8]; RS0117480 ua).

2.3. Im vorliegenden Fall fehlen Hinweise, dass der kl Partei die Bekanntmachung in der Ediktsda-

tei am 22. 7. 2014 (Anm: Bekanntmachung der Rechtskraft des Beschlusses der Nichteröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der GmbH mangels kostendeckenden Vermögens) oder die Firmenbucheintragung (Anm: Eintragung des Firmenzusatzes „in Liquidation“) vom 25. 7. 2014 bisher zur Kenntnis gelangt ist. Die Rekursbeantwortung der kl Partei stammt zwar vom 12. 9. 2014, also aus der Zeit nach den dargestellten Bekanntmachungen. Die Rekursbeantwortung lässt aber weder aus der dortigen Firmenbezeichnung der bekl Partei (ohne den Zusatz „in Liquidation“) noch aus sonstigen Hinweisen den Schluss zu, der kl Partei sei die Auflösung der bekl Partei bekannt. Der Fortsetzungswille der kl Partei kann daher noch nicht eindeutig unterstellt werden. Der kl Partei ist daher Gelegenheit zu geben, binnen 14 Tagen von der Verfahrensfortsetzung Abstand zu nehmen, widrigenfalls ihr Fortsetzungswille unterstellt wird.

2.4. Die kl Partei wird darauf hingewiesen, dass sie von der einmal getroffenen Wahl nachträglich nicht mehr abgehen kann. Wurde das Wahlrecht nämlich ausgeübt, ist es konsumiert. Es ist nicht in das Belieben des Gegners gestellt, von seiner bereits getroffenen Wahl auf Fortsetzung des Verfahrens bei drohendem Prozessverlust wieder abzugehen, um sich des Verfahrens kostengünstig zu entledigen (RIS-Justiz RS0110979 [T 12]).

2.5. Der Nebenintervenientin auf Klagsseite ist keine Äußerungsmöglichkeit iS der Pkte 2.2.3. und 2.3. einzuräumen. Der Nebenintervenient kann nämlich gem § 19 Abs 1 ZPO keine Dispositionsakte, wie etwa die Klagsrücknahme, setzen; ihm ist jede Sachlegitimation zur Verfügung über den Streitgegenstand abzusprechen (*Fucik in Rechberger*, ZPO<sup>4</sup> § 19 Rz 2; *Schubert in Fasching/Konecny*, ZPO<sup>2</sup> § 19 Rz 3).

## Schuldverschreibungen und Genussrechte bei grenzüberschreitender Verschmelzung

Dem EuGH werden folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Ist Art 1 Abs 2 lit e des Übereinkommens über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht von 1980 (EVÜ) dahin auszulegen, dass die Bereichsausnahme „Gesellschaftsrecht“

a. Umgründungsvorgänge wie Verschmelzungen und Spaltungen und

b. die Gläubigerschutzbestimmung des Art 15 der Dritten RL 78/855/EWG (...) im Zuge der Umgründungsvorgänge erfasst?

2. Kommt man zu demselben Ergebnis, wenn Art 15 der RL 2011/35/EU (...) zur Anwendung gelangt?

3. Wenn die Fragen 1 und 2 bejaht werden: Führt die Bereichsausnahme des Art 1 Abs 2 lit d Rom I-VO – als Nachfolgeregelung des Art 1 Abs 2 lit e EVÜ – zu demselben Ergebnis oder muss diese anders ausgelegt werden? Wenn ja, wie?

4. Sind dem europäischen Primärrecht (...) Vorgaben zur kollisionsrechtlichen Behandlung von Ver-

schmelzungen entnehmbar, insb ob das nationale Recht des Staates der hinausverschmelzenden Gesellschaft oder das nationale Recht der Zielgesellschaft anzuwenden ist?

5. Wenn Frage 4 verneint wird: Sind dem europäischen Sekundärrecht (...) Grundsätze über die kollisionsrechtliche Behandlung zu entnehmen, insbesondere, ob das nationale Recht des Staates der hinausverschmelzenden Gesellschaft oder das nationale Recht der Zielgesellschaft anzuwenden ist, oder steht es dem nationalen Kollisionsrecht frei zu entscheiden, an welches nationale materielle Recht angeknüpft wird?

6. Ist Art 15 der Dritten RL 78/855/EWG (...) in der Weise auszulegen, dass der Emittent gegenüber dem Inhaber anderer Wertpapiere, die mit Sonderrechten verbunden sind, jedoch keine Aktien darstellen, insb bei Nachrangdarlehen, im Falle einer grenzüberschreitenden Verschmelzung berechtigt ist, das Rechtsverhältnis zu beenden und die Berechtigten abzuschichten?

§ 226 Abs 3 AktG;  
Art 1 Abs 2 EVÜ;  
Art 1 Abs 2  
Rom I-VO;  
Art 15  
RL 78/855/EWG;  
Art 15  
RL 2011/35/EU

OGH 28. 8. 2014  
(berichtigt am  
9. 10. 2014),  
6 Ob 137/13 k

2015/119

7. Kommt man unter Anwendung des Art 15 der RL 2011/35/EU [...] zu demselben Ergebnis?

*Die Kl zeichnete im Jahr 2005 von einer zypriotischen Ltd (in der Folge: Emittentin) begebene Nachranganleihen. In den Emissionsbedingungen wurde die Anwendbarkeit deutschen Rechts festgelegt. Die Emittentin entsprach seit dem 4. Quartal des Jahres 2008 nicht mehr den in den Richtlinien der Zentralbank für Zypern festgelegten Mindestanforderungen an die Kapitalausstattung von Banken und bezahlte daher seit diesem Zeitpunkt auf Grundlage einer Bestimmung in den Emissionsbedingungen keine Zinsen. Im Zuge der Umsetzung eines Restrukturierungsplans betreffend die verstaatlichte K\*\*\*\* AG, die Rechtsvorgängerin der Bekl, verblieben die nichtstrategischen Vermögenswerte einschließlich der Beteiligung an der Emittentin bei der abgespaltenen Bekl. Anschließend wurde die Emittentin als übertragende Gesellschaft auf die Bekl als übernehmende Gesellschaft grenzüberschreitend verschmolzen.*

*Die Kl behauptet von der Bekl als Gesamtrechtsnachfolgerin der Emittentin die Zahlung von Zinsen aus den Nachranganleihen, in eventu die Feststellung der Verpflichtung zur Gewährung gleichwertiger Rechte iSd § 226 Abs 3 AktG und ihrer Haftung für alle aus der Nichtgewährung entstehenden Schäden. Die Bekl wendet ein, die Rechte aus den Nachranganleihen seien nicht auf sie übergegangen, sondern vielmehr im Zuge der Verschmelzung wirksam beendet worden. In Anbetracht der Wertlosigkeit der Nachranganleihen sei die Gewährung gleichwertiger Rechte oder einer Abgeltungszahlung durch die Bekl unterblieben. Die Bekl beantragte die Feststellung der wirksamen Beendigung der Nachranganleihen im Zuge der Verschmelzung der Emittentin auf die Bekl, in eventu dass die Verpflichtungen der Emittentin nicht auf die Bekl übergegangen seien.*

*Das OLG Wien bestätigte das Zwischenurteil des HG Wien, mit dem der Zwischenfeststellungsantrag der Bekl samt Eventualantrag abgewiesen wurde. Gegenstand des Revisionsverfahrens vor dem OGH ist die Frage der Anwendbarkeit des § 226 Abs 3 AktG auf die von der Kl gezeichneten Nachranganleihen.*

### Aus der Begründung:

Bei Zeichnung der Anleihen vereinbarten die Kl und die Emittentin die Anwendung deutschen Rechts. Die Emittentin hatte ihren Sitz auf Zypern, die Bekl residiert in Österreich. Damit stellt sich für den OGH zunächst einmal die Frage, ob die hier zu beurteilenden Rechtsfragen, insb die Frage der Anwendbarkeit von Gläubigerschutzbestimmungen, nach deutschem, zypriotischem oder österr Recht zu beurteilen sind.

Der Sachverhalt fällt nicht in den Anwendungsbereich der Rom I-VO, weil die Anleihen vor dem 17. 9. 2009 begeben wurden. Es ist daher das EVÜ auf den konkreten Sachverhalt anzuwenden. (...) Auch wenn (...) der Bereich der Verschmelzung unter die Bereichsausnahme des Art 1 Abs 2 subsumierbar erscheint und deshalb nicht dem Schuldvertragsstatut, sondern dem Gesellschaftsstatut unterzuordnen wäre, so liegt doch keine völlig klare Rechtslage vor, wird doch auch vertreten, dass die Frage der An-

wendbarkeit des § 226 Abs 3 AktG dem Schuldstatut zu unterwerfen sei (...).

Das BerG hat – ausgehend vom Gesellschaftsstatut – österr Recht und damit auch § 226 Abs 3 AktG angewendet; es ist dabei erkennbar von der Überlegung ausgegangen, dass die Bekl als übernehmende Gesellschaft ihren Sitz in Österreich hat. Demgegenüber meint die Kl in ihrer Revisionsbeantwortung, wenn schon nicht deutsches Recht anzuwenden sei (Schuldstatut), dann sei im Hinblick auf das Personalstatut der übertragenden Emittentin zypriotisches Recht maßgebend. (...)

Die Bekl hat im Zuge der Verschmelzung die beiden Nachranganleihen beendet und sich dabei auf § 226 Abs 3 AktG gestützt. Nach dieser Bestimmung sind Inhabern von Schuldverschreibungen und Genussrechten im Fall einer Verschmelzung gleichwertige Rechte zu gewähren oder die Änderung der Rechte oder das Recht selbst angemessen abzugelten. (...) Ein Teil [der Literatur] meint, es bestehe ein dreiseitiges Gestaltungsrecht der übernehmenden Gesellschaft einschließlich eines Beendigungs- und Abschichtungsrechts (...), wobei dem auch nicht Art 15 VerschmelzungsRL zwingend entgegenstehe, sehe dieser doch selbst einen Anspruch auf Rückkauf der Wertpapiere durch die übernehmende Gesellschaft vor (...). Ein anderer Teil der Literatur verneint dies hingegen (...).



## Alles richtig bei der Beschlussfassung

2014. LX, 304 Seiten.  
Br. EUR 78,-  
ISBN 978-3-214-08802-6

Feltl

## Beschlussmängel im Aktienrecht

Der Gesetzgeber hat die Ursachen und Rechtsfolgen mangelhafter Organbeschlüsse lediglich iZm der Hauptversammlung geregelt. nicht jedoch iZm **mangelhaften Aufsichtsrats- und Vorstandsbeschlüssen**.

Das Buch will diese Lücke schließen. Es bietet ein **geschlossenes Gesamtkonzept** zur Beurteilung **fehlerhafter Vorstands- und Aufsichtsratsbeschlüsse**. Gleichzeitig werden unzureichend erörterte Aspekte des **Beschlussmängelrechts der Hauptversammlung** praxisbezogen untersucht und **Lösungsvorschläge** aufgezeigt.

MANZ

### Anmerkung 1:

Im Ausgangsfall stellen sich mehrere grundlegende Fragen zur Behandlung von Schuldverschreibungen und Genussrechten bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen (s dazu Talos/Arzt in Talos/Winner, EU-VerschG § 13 Rz 28 ff). Zur Klärung des europarechtlichen Rahmens hat der OGH mit vorliegendem Beschluss einschlägige Vorlagefragen an den EuGH gestellt.

Zunächst ist fraglich, nach welchem Recht die Behandlung der von der Kl gezeichneten Nachranganleihen iZm der grenzüberschreitenden Verschmelzung zu beurteilen ist. Bei der kollisionsrechtlichen Anknüpfung ist strittig, ob sich die Anwendbarkeit von Gläubigerschutzbestimmungen – wie etwa jene des § 226 Abs 3 AktG (iVm § 3 Abs 2 EU-VerschG) – nach dem Schuldstatut oder nach dem Gesellschaftsstatut richtet. Gelangt man zur Zuordnung zum Gesellschaftsstatut, stellt sich wiederum die Frage, ob auf das Recht der übernehmenden (hier: österr) Gesellschaft oder auf das Recht der emittierenden (hier: zypriotischen) Gesellschaft abzustellen ist. Die Vorlagefragen 1 bis 5 bezwecken die Klarstellung der europarechtlichen Vorgaben für diese kollisionsrechtliche Anknüpfung. Dabei wird der EuGH insb auch darauf einzugehen haben, ob aus der RL 2005/56/EG – der richtlinienrechtlichen Grundlage des EU-VerschG – Anforderungen an die Bestimmung des anwendbaren Rechts iZm grenzüberschreitenden Verschmelzungen abzuleiten sind (s dazu Eckert in Kalls, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>2</sup> § 3 EU-VerschG Rz 17 ff; Talos/Arzt in Talos/Winner, EU-VerschG § 3 Rz 23 und 27).

Gelangt man zur Anwendbarkeit des österr § 226 Abs 3 AktG (iVm § 3 Abs 2 EU-VerschG) stellt sich wie auch bei der innerstaatlichen Verschmelzung die Frage, ob hinsichtlich emittierter Schuldverschreibungen und Genussrechte ein uneingeschränktes Wahlrecht zwischen der Gewährung gleichwertiger Rechte bzw der Änderung oder Beendigung der Rechte gegen angemessene Abgeltung besteht (was im Ergebnis ein verschmelzungsbedingtes Kündigungsrecht bedeuten würde), oder ob zum Schutz der aus den Schuldverschreibungen und Genussrechten Berechtigten der Gewährung gleichwertiger Rechte – soweit möglich – Vorrang einzuräumen ist (vgl zu dieser Frage im Detail Reich-Rohrwig, Genussrechte und Schuldverschreibungen in Verschmelzung und Spaltung [Teil I], *ecolex* 2013, 133 ff [141 ff] mwN). Durch die 6. und 7. Vorlagefrage soll abgeklärt werden, ob Art 15 VerschmelzungsRL als richtlinienrechtlicher Grundlage des § 226 Abs 3 AktG diesbezüglich europarechtliche Auslegungserfordernisse zu entnehmen sind.

Schließlich wird sich der OGH im Ausgangsfall im Hinblick auf die verfahrensgegenständlichen Nachranganleihen voraussichtlich auch zum Anwendungsbereich des § 226 Abs 3 AktG zu äußern haben. Nach zutreffender hM sollen Schuldverschreibungen und Genussrechte ohne mitgliedschafts- bzw eigenkapitalähnlichen Charakter – etwa bei bloßer Fixverzinsung – im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf die aus der Verschmelzung hervorgehende Gesellschaft übergehen und die Gestaltungsrechte des § 226 Abs 3 AktG somit nicht anwendbar sein (s bspw Kalls, Verschmelzung – Spaltung – Umwandlung<sup>2</sup> § 226 AktG Rz 28; Reich-Rohrwig, *ecolex* 2013, 133 ff [141]; Zollner/Simonishvili, Verwässerungsschutz im Verschmelzungsrecht, *GesRZ* 2013, 182 ff [186 ff]). Inwieweit die Begriffe der Schuldverschreibungen und Genussrechte des § 226 Abs 3 AktG im Detail teleologisch zu reduzieren sind, wurde in der jüngeren Lit intensiv diskutiert (vgl Zollner/Simonishvili, *GesRZ* 2013, 182 ff; Reich-Rohrwig, *ecolex* 2013, 133 ff; Krejci, Sind nachrangige Investments gegen bedingt gewährte Zinsen Schuldverschreibungen oder Genussrechte gemäß § 226 Abs 3 AktG? *GeS* 2012, 75 ff).

Die gegenständlichen Vorlagefragen bieten dem EuGH die Gelegenheit, grundlegende Aussagen über europarechtliche Anforderungen an die kollisionsrechtliche Beurteilung der grenzüberschreitenden Verschmelzung sowie an die Behandlung von Schuldverschreibungen und Genussrechten bei Verschmelzungen zu treffen.

Markus Arzt

Mag. Markus Arzt ist Mitarbeiter der Brandl & Talos Rechtsanwälte GmbH und absolviert derzeit seine Gerichtspraxis.

### Anmerkung 2:

Der entscheidende Unterschied zwischen einer fix verzinsten Anleihe und einer Nachranganleihe ist jener, dass die Nachranganleihe am geschäftlichen Erfolg/Misserfolg des Anleihenemittenten voll teilnimmt. Die (im Vergleich zu normalen Anleihen) höhere Fixverzinsung wird idR wirtschaftlich durch die in der Nachrangigkeit zum Ausdruck kommende Verlustbeteiligung (volle Risikoübernahme) des Anleihegläubigers ausgeglichen. Sie vermittelt daher keine gewöhnliche Gläubigerstellung, sondern ist als Genussrecht mit „negativer Gewinnbeteiligung“ anzusehen, nämlich als Genussrecht, das im worst case – wenn die Verluste die Eigenmittel des Emittenten übersteigen – den Verlust des Anleihekapitals zur Folge hat.

Paul Rizzi

Dr. Paul Rizzi ist RA bei CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH in Wien.

## Keine Subsidiarität der Abberufungsbefugnis des Gerichts für Stiftungsvorstände

§ 27 PSG

OGH

15. 12. 2014,  
6 Ob 13/14 m

2015/120

1. Die gerichtliche Zuständigkeit zur Abberufung eines Stiftungsvorstands bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 27 Abs 2 PSG ist nicht subsidiär.

2. Die Befugnis des Gerichts gem § 27 Abs 1 PSG, Mitglieder des Stiftungsvorstands zu bestellen, gilt subsidiär, also wenn das hierfür zuständige Stiftungsorgan säumig ist (vgl 6 Ob 130/13f ZFS 2013, 138 [Oberndorfer] = PSR 2013/41 [Zwirch-

mayer]; 6 Ob 178/05 b; OLG Wien 28 R 7/12 y; vgl auch *Arnold*, PSG<sup>3</sup> § 27 Rz 2 und 8).

### Aus der Begründung:

2.2. Gegen die Auffassung der Vorinstanzen spricht schon der Gesetzestext: Aus dem Auftrag des § 27 Abs 2 PSG, das Gericht *habe* (auch) *von Amts wegen*