

Österreichische

JURISTEN ZEITUNG

ÖJZ

Chefredakteur Gerhard Hopf

Redaktion Robert Fucik, Kurt Kirchbacher, Hans Peter Lehofer

Evidenzblatt Christoph Brenn, Helge Hoch, Eckart Ratz, Ronald Rohrer,
Martina Weixelbraun-Mohr

Anmerkungen Andreas Konecny, Martin Spitzer

Oktober 2019

20

893 – 940

Aktuelles

**Hass im Netz und gedruckt: europäische Gerichte,
österreichische Fälle** ➔ 893

Beiträge

Störung der Ausübung subjektiv-öffentlicher Rechte

Andreas Wimmer ➔ 908

Anfechtung nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens

Martin Trenker ➔ 897

Evidenzblatt

Unzulässigkeit von Anlegerklagen iZm griechischem Schuldenschnitt

Stefan Arnold und Thomas Garber ➔ 918

Die „Ausübungskontrolle“: Nachträglich entstehende Sittenwidrigkeit

Stefan Perner ➔ 921

Verjährung versuchter Abgabenhinterziehung ➔ 931

Forum

Einlagenrückgewähr: Unechte Dritte und Umfang der Nichtigkeit?

Heinrich Foglar-Deinhardstein ➔ 938

[FORUM]

Einlagenrückgewähr: Unechte Dritte und Umfang der Nichtigkeit?

Anmerkung zu OGH 20. 12. 2018, 6 Ob 195/18 x

ÖJZ 2019/115

Einleitung

In der E 6 Ob 195/18 x¹⁾ hatte sich der OGH mit einem aufseherregenden Rechtsstreit zu befassen: Eine GmbH hatte Mitgliedern der Gründerfamilie ein unentgeltliches und lebenslanges Wohnungsgebrauchsrecht an einem Penthouse eingeräumt. Die-

1) ZFS 2019, 8 (*Karollus*) = GesRZ 2019, 193 (*Kalss*). Vgl auch *Dejaco*, Einlagenrückgewähr bei Bestandverträgen, NZ 2019, 81; *P. Csoklich/P. N. Csoklich*, Verbotene Einlagenrückgewähr an Nichtgesellschafter, insbesondere im Zusammenhang mit Privatstiftungen, GesRZ 2019, 54; *V. Hügel*, Verbot der Einlagenrückgewähr, JEV 2019, 77.

ses Wohnungsgebrauchsrecht wurde noch vor dem Verkauf der Geschäftsanteile an der GmbH verbüchert. Nach Durchführung des Verkaufs klagte die GmbH wegen Verletzung des Verbots der Einlagenrückgewähr auf Feststellung der Nichtigkeit des Wohnungsgebrauchsrechts, auf dessen Löschung aus dem Grundbuch und auf Räumung der Wohnung. Freilich waren die Anteile an der GmbH schon lange vor der Verbücherung des Wohnungsgebrauchsrechts von der Gründerfamilie auf mehrere Privatstiftungen übertragen worden; der Anwendung des Verbots der Einlagenrückgewähr hätte also entgegenstehen können, dass die Begünstigten des Wohnungsgebrauchsrechts bei dessen Einverleibung ins Grundbuch gar nicht (mehr) Gesellschafter der klagenden GmbH gewesen waren.

Dennoch entschied der OGH im Ergebnis auf Löschung des Wohnungsgebrauchsrechts und auf Verpflichtung zur Räumung der Wohnung.

In seiner rechtlichen Beurteilung traf der 6. Senat zahlreiche bemerkenswerte Aussagen, die das Verbot der Einlagenrückgewähr gem §§ 52 ff AktG und § 82 f GmbHG noch klarer konturieren. Folgende in der Entscheidung behandelte rechtsdogmatische Themen können besonders hervorgehoben werden:

Unechte und echte Dritte

Erstmalig anerkennt der OGH die Figur des **unechten Dritten**.²⁾ Primäre Adressaten des Verbots der Einlagenrückgewähr sind die Anteilseigner einer KapGes sowie – als deren Gegenüber – die KapGes selbst und deren Organe; für die Annahme eines Verstoßes kommt es nicht auf Verschulden an. Demgegenüber haften **echte Dritte** aus dem Verbot der Einlagenrückgewähr nur bei Kollusion oder dann, wenn sich das nachteilige Handeln geradezu aufdrängen musste.³⁾ Diese Einschränkung gilt aber dann nicht – und diese Ansicht greift der 6. Senat nun auf –, wenn der Dritte bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise und aufgrund seiner Nahebeziehung zu einem Anteilseigner als **unechter Dritter** zu sehen ist, sodass das Verbot der Einlagenrückgewähr ohne Vorwerfbarkeit eingreift. Folgende Dritte können – mE immer abhängig von den Umständen des Einzelfalls (insb dann, wenn der Vermögenstransfer auf Veranlassung eines Anteilseigners erfolgt und/oder zu einem Vorteil des Anteilseigners führt) – **unechte Dritte** sein: ehemalige oder zukünftige Anteilseigner,⁴⁾ indirekte Anteilseigner,⁵⁾ Schwestergesellschaften,⁶⁾ nahe Familienangehörige eines Anteilseigners (Ehegatten, minderjährige Kinder, wohl auch eingetragene Partner und Lebensgefährten, nach manchen Autoren auch weitere nahe Angehörige iSv § 32 Abs 1 IO und § 4 AnFO), Treugeber eines Anteilseigners sowie ggf Begünstigte einer Stiftung (dazu näher s sogleich). Organwalter der Gesellschaft sind per se keine unechten Dritten.⁷⁾ Allerdings kann – wie die Entscheidung andeutet – auch eine Person, die einem unechten Dritten nahesteht, aufgrund dieses Naheverhältnisses selbst zum unechten Dritten werden.

Durchgriff bei Privatstiftungen

Wie die Entscheidung zeigt, kann das Verbot der Einlagenrückgewähr auf Begünstigte einer Privatstiftung durchschlagen, wenn diese Stiftung an einer Kapitalgesellschaft beteiligt ist, aus der es zu einem Vermögenstransfer an einen Begünstigten kommt. Dies ist als Grundregel zustimmungswürdig; die bloße Stellung als Stifter oder Begünstigter macht eine Person aber noch nicht zum unechten Dritten. Aus der Entscheidung kann abgelesen werden, dass bei einer früheren Anteilseignerin die faktische Beherrschung der Privatstiftung, die nunmehr die Beteiligung hält,

für die Qualifikation als **unechte Dritte** genügt. Ein Prüfschema ergibt sich daraus noch nicht und bleibt der Folgejudikatur vorbehalten. ME sind die jeweiligen Stifter- oder Begünstigtenrechte in Hinblick auf Vermögensbeteiligung und Einfluss zu untersuchen.⁸⁾

Total- und Teilnichtigkeit

Als ungeklärt galt, wie zu beurteilen sei, ob eine verdeckte Einlagenrückgewähr zu Total- oder Teilnichtigkeit führt. Jedenfalls gibt es mE keinen Grundsatz, dass im Zweifel Gesamtnichtigkeit eintritt.⁹⁾ Eine Rsp-Linie des OGH wurde bisher so verstanden, dass sich Gesamt- oder Teilnichtigkeit nach dem hypothetischen Parteiwillen richte.¹⁰⁾ In der vorliegenden Entscheidung stellt der 6. Senat nunmehr iS einer anderen Linie der OGH-Rsp¹¹⁾ und der hA¹²⁾ klar, dass auf den Verbotszweck abzustellen ist. Auf den hypothetischen Parteiwillen kann es immerhin ankommen, soweit dem dieser Normzweck nicht entgegensteht.¹³⁾

Geltungserhaltendes Wahlrecht?

Der OGH hält fest, dass dem Anteilseigner kein Wahlrecht zusteht, gegen den Willen der Gesellschaft auf einen angemessenen Preis aufzuzahlen und damit ein verbotswidriges Geschäft zu retten. Dieser Grundsatz steht aber mE einer Vereinbarung, die dem Anteilseigner eine solche Aufzahlung ermöglicht, nicht entgegen.

Heinrich Foglar-Deinhardstein,
Rechtsanwalt in Wien

2) Köppl, Einlagenrückgewähr (2014) 2, 49 ff, 104 ff, 111 ff, 127, 159. Vgl Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht² Rz 3/1042; H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG § 82 Rz 74 ff.

3) OGH 4 Ob 2078/96h; 6 Ob 232/16k; 6 Ob 48/17b; 17 Ob 5/19p.

4) OGH 6 Ob 132/10w; 6 Ob 29/11z; 6 Ob 110/12p; 6 Ob 14/14y; 6 Ob 114/17h; 6 Ob 199/17h.

5) Vgl OGH 6 Ob 288/99t; 6 Ob 29/11z.

6) Vgl OGH 6 Ob 288/99t; 3 Ob 287/02f; 9 Ob 25/08d (9 Ob 26/08a); 7 Ob 35/10p; 6 Ob 153/12m.

7) Karollus, Anm zu OGH 6 Ob 195/18x, ZFS 2019, 8 (15 ff).

8) H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG § 82 Rz 72 mwN.

9) H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG § 83 Rz 39; zur Restgültigkeit im Zweifel (§ 878 ABGB) OGH 6 Ob 104/17p; 6 Ob 187/17v.

10) OGH 6 Ob 132/10w; 6 Ob 110/12p.

11) OGH 7 Ob 142/07v; 9 Ob 18/14h; 6 Ob 239/16i.

12) Vgl Kodek/P.N. Csoklich in Höpfel/Ratz, WK StGB² Rz 47; J. Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung bei der AG, GmbH sowie GmbH & Co KG (2004) 159 f; Bollenberger, Verdeckte Einlagenrückgewähr durch Umsatzgeschäfte: Wertausgleich und Nichtigkeit, RdW 2008, 7 (9); Karollus in Leitner, HB vGA² 1 (77); Auer in Gruber/Harrer, GmbHG² § 82 Rz 64 ff; Bauer/Zehetner in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 82 Rz 76; U. Torggler in Kalss/Torggler, Einlagenrückgewähr (2014) 89 (95 ff); Köppl in Torggler, GmbHG § 83 Rz 3; Haberer in Haberer/Krejci, Konzernrecht (2016) Rz 11.212; H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG § 83 Rz 39; aA Koppensteiner in FS Reich-Rohrwig (2014) 117 (125 ff).

13) Artmann, Einlagenrückgewähr und Sicherheiten von Gesellschaftern und Dritten, eollex 2018, 146 (149); Bollenberger, RdW 2008, 7 (9). Vgl Rummel in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 871 Rz 18, § 878 Rz 12; OGH 9 Ob 62/16g EvBl 2018, 458 (Spitzer).