

den Vergleich in Form eines Schiedsspruchs mit vereinbartem Wortlaut festhält. Ein solcher Schiedsspruch ist wie ein „streitiger“ Schiedsspruch gem § 606 ZPO zu erlassen. Er hat dieselbe Wirkung wie jeder Schiedsspruch in der Sache. Es ist freilich nicht gesichert, ob dieser Weg tatsächlich ein gebührenrechtliches „Remedium“ darstellen kann, zumal vom Wortlaut des § 605 ZPO gefordert wird, dass sich die Parteien während des Schiedsverfahrens über die Streitigkeit „vergleichen“.⁸⁾ Fiskalische Auslegung könnte daher die Anwendbarkeit des § 33 TP 20 Abs 1 GebG mit der Begründung bejahen, dass ein (protokollierter) „Vergleich“ abgeschlossen wurde und die Beantragung eines Schiedsspruchs mit vereinbartem Wortlaut lediglich ein zweiter, hievon unabhängiger Schritt ist, der das Bestehen des – nach der vom VwGH vertretenen Meinung – „außergerichtlichen Vergleichs“ nicht berührt. Dagegen lässt sich aber mE überzeugend einwenden, dass durch den Erlass des Schiedsspruchs mit vereinbartem Wortlaut der *Vergleich konsumiert* wird und als solcher nicht mehr besteht. Tatsächlich wären zwei verfahrensbeendende Akte – Schiedsvergleich und Schiedsspruch – verfahrensrechtlich nicht begründbar. Abgesehen davon ist mE eine Protokollierung des Vergleichs nicht zwingende Voraussetzung für den Erlass eines Schiedsspruchs mit vereinbartem Wortlaut.⁹⁾ „Vergleichen“ können sich die Parteien auch mündlich über die Streitigkeit. Stellen sie diesfalls einvernehmlich den Antrag gem § 605 Z 2 ZPO ohne Protokollierung des Vergleichs, so ist vom Schiedsgericht ein Schiedsspruch mit vereinbartem

Wortlaut zu erlassen: Während nämlich § 605 Z 1 ZPO für den Schiedsvergleich ausdrücklich den Parteienantrag auf *Protokollierung* des Vergleichs vorsieht, geht § 605 Z 2 ZPO davon aus, dass das Schiedsgericht den Vergleich „in Form eines Schiedsspruchs“ mit vereinbartem Wortlaut „festhält“. Eine Protokollierung des Vergleichs ist hier nicht vorausgesetzt.

5. Fazit

Ungeachtet dieser Überlegungen erscheint, gerade im Hinblick auf die Bewahrung der Vorzüge des Schiedsplatzes Wien, eine *gesetzliche Klarstellung* dahin, dass auch Schiedsvergleiche gerichtliche Vergleiche sind, *dringend erforderlich*. Die bisher erfolgreichen Bemühungen des Gesetzgebers, der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit in Österreich einen konkurrenzfähigen Verfahrensort anzubieten, werden mit der Gebührenpflicht für Schiedsvergleiche konterkariert.



Foto Busarello

Der Autor:

Univ.-Prof. Dr. Hubertus Schumacher ist Rechtsanwalt in Innsbruck, Professor für Zivilgerichtliches Verfahrensrecht an der Universität Innsbruck und Richter des Fürstlichen Obersten Gerichtshofs in Liechtenstein.

Kontakt: office@schumacher-law.at

8) Vgl. Hausmaninger in Fasching, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen² IV/2 (2007) § 605 Rz 41.

9) AM Hausmaninger in Fasching, Kommentar² IV/2 § 605 Rz 37.

MMag. Dr. Markus Fellner/MMag. Thomas Breuss
Wien

■ RdW 2013/701, 712

Art 137 B-VG: Bereicherungsrechtliche Rückabwicklung von Pönalezins- oder Strafzahlungen

Pönalezinsen und Strafzahlungen sind in der Regel lange vor der Entscheidung der Gerichtshöfe öffentlichen Rechts über ihre Rechtmäßigkeit zu leisten. Wird der zugrunde liegende Bescheid aufgehoben, hat der Leistende nicht nur einen bereicherungsrechtlichen Anspruch auf Rückzahlung, sondern auch auf Vergütungszinsen, denn der Bund konnte durch die ungerechtfertigte Bereicherung Zinsen lukrieren und war daher bereichert.

1. Problemstellung

Ziel dieses Beitrags ist es, zu erörtern, ob und wie bei einem durch den VfGH oder VwGH aufgehobenen Bescheid auf Geldleistung ein bereicherungsrechtlicher Anspruch auf eine Verzinsung der Bereicherung des Bundes geltend gemacht werden kann.

Wird einem Rechtsunterworfenen ein Geldbetrag zur Zahlung mit einem Bescheid vorgeschrieben, und bekämpft

er diesen Bescheid vor den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts, kommt dieser Beschwerde gem § 85 Abs 1 VfGG und § 31 Abs 1 VwGG noch keine aufschiebende Wirkung zu. Ein Antrag auf aufschiebende Wirkung wird bei reinen Geldzahlungen selten (und bei Geldstrafen praktisch nie)¹⁾ gewährt, da normalerweise kein unverhältnismäßiger Nachteil für den Beschwerdeführer iSd § 85 Abs 2 VfGG und § 30 Abs 2 VwGG

1) Machacek, Verfahren vor dem VfGH und VwGH⁶ 58, 160.

vorliegt,²⁾ was dann gegeben ist, wenn der Nachteil nach der Aufhebung des Bescheids nicht wiedergutmachen ist bzw den gewährten Rechtsschutz beeinträchtigt.³⁾ Ein Nachteil, der bei Prozessersfolg vor dem VfGH ohne Weiteres in Geld ausgeglichen werden kann, ist nicht unverhältnismäßig,⁴⁾ und sofern nicht besondere Umstände hinzutreten⁵⁾ (wobei die Höhe der Strafe kein solcher Umstand mehr ist)⁶⁾, erkennen die Höchstgerichte des öffentlichen Rechts die aufschiebende Wirkung nur bei drohender Insolvenzgefahr zu⁷⁾.

Leistet der Beschwerdeführer den vorgeschriebenen Geldbetrag, und hebt eines der Höchstgerichte oft Jahre später den Bescheid auf, ist der Bund oder ein sonstiger Empfänger nicht nur um diesen Geldbetrag bereichert, sondern auch um die Zinsen, die er aus dem Betrag ziehen konnte, oder um die Zinsen, die er sich auf dem Kapitalmarkt mangels Geldaufnahme erspart hat. Bemerkenswert ist, dass es zur Rückforderung von Bereicherungen aus zu Unrecht vorgeschriebenen Zahlungen kaum Gerichtsentscheidungen⁸⁾ gibt.

Neben der bereicherungsrechtlichen Frage ist im Einzelfall noch zu prüfen, ob es eine konkrete verwaltungsrechtliche⁹⁾ oder gemeinschaftsrechtliche¹⁰⁾ Bestimmung gibt, die den Ersatz einer solchen Bereicherung zuspricht oder ausschließt,¹¹⁾ oder ob die Voraussetzungen für eine Amtsklage (insb eine unvertretbare Rechtsansicht)¹²⁾ vorliegen; dies ist jedoch nicht Gegenstand dieses Beitrags und würde wohl auch nicht dem Bereicherungsrecht derogieren.

2. Anlassentscheidung¹³⁾

In einer in den Medien intensiv diskutierten Causa trug die Finanzmarktaufsicht (FMA) dem beschwerdeführenden Kreditinstitut mit Bescheid vom 1. 6. 2011 und einem Korrekturbedscheid vom 21. 7. 2011 auf, das Unternehmen A, das für ein Vertical Slicing¹⁴⁾ gegründet wurde, aus der Kreditinstitutsgruppe herauszulösen (Dekonsolidierung). Darüber hinaus schrieb die Behörde dem Bankinstitut wegen Überschreitung der Großveranlagungsgrenzen (§ 27 Abs 7 BWG) zwischen Dezember 2007 und April 2010 die Zahlung von Pönalezinsen gem § 97 Abs 1 Z 6 BWG vor.

Der VfGH verwirft den Dekonsolidierungsauftrag (Spruchpunkt I. des Bescheides) der FMA, den diese auf § 30 iVm § 2 Z 27 BWG stützte. Diese Normen enthalten lediglich Definitionen zur Kreditinstitutsgruppe und zum Anbieter von Neben-

dienstleistungen, aber keine Anordnung eines bestimmten Tuns oder Unterlassens, sodass sie allein nicht iSd § 70 Abs 4 BWG verletzt werden können. Zur Zinsvorschreibung aufgrund der Überschreitung der Großveranlagungsgrenze gem § 97 Abs 1 Z 6 BWG im Spruchpunkt II. des angefochtenen Bescheids führt der VfGH aus, dass die Feststellungen der FMA zum Sachverhalt nicht ausreichend seien. Zur Beurteilung der Frage, ob A zur Kreditinstitutsgruppe gehört oder nicht, wäre es notwendig gewesen, dass die FMA Feststellungen zu den Fragen erlässt, ob A als Finanzinstitut (§ 2 Z 24 BWG) oder als Anbieterin von Nebendienstleistungen (§ 2 Z 27 BWG) qualifiziert werden könnte. Ein Finanzinstitut wäre A dann, wenn es nicht nur Wertpapiere, sondern auch etwa Veranlagungen, die nicht in Form von Wertpapieren gehandelt werden, aus dem Vertical Slicing erhalten hätte. Eine Leistung für die Beschwerdeführerin als Anbieterin von Nebenleistungen erscheint dem VfGH auch denkbar. Nach der Rsp¹⁵⁾ sei Vertical Slicing als ausgelagertes Finanzgeschäft anzusehen, bei dem Capital Notes gekauft und weiterveräußert werden und im Gegenzug dazu Wertpapiere und andere Finanzinstrumente erworben werden. Im Übrigen betrachtet der VfGH die rechtliche Beurteilung der belangten Behörde als nicht ausreichend, wonach eine gemeinsame Leitung des nachgeordneten Instituts nicht erfolgt sei.

3. Verfahrensrechtliche Besonderheiten

Gem Art 137 B-VG erkennt der VfGH über vermögensrechtliche Ansprüche gegen den Bund, die weder im ordentlichen Rechtsweg auszutragen noch durch Bescheid einer Verwaltungsbehörde zu erledigen sind, und wendet die privatrechtlichen Bestimmungen über ungerechtfertigte Bereicherung auch im öffentlichen Recht direkt oder analog an.¹⁶⁾ Nach der stRsp des VfGH sind Ansprüche aus der Zahlung einer Nichtschuld iSd §§ 1431 ff ABGB dann keine Materie des Privatrechts, wenn der Vermögenszuwachs auf einem öffentlich-rechtlichen Titel beruht,¹⁷⁾ was aufgrund des Annexcharakters auch Verzugszinsen umfasst, selbst wenn die damit verbundene Forderung bereits erfüllt ist.¹⁸⁾

Spiegelbildlich dazu hat der OGH wiederholt ausgesprochen, dass ein Rückforderungsanspruch dann nicht auf § 1431 ABGB gestützt werden kann, wenn die Prüfung des Rechtsbestandes der fraglichen Forderung der zivilgerichtlichen Zuständigkeit entzogen ist, weil andernfalls die ordentlichen Gerichte zur Überprüfung der Tätigkeit der Verwaltungsbehörde herangezogen werden könnten; dies würde der verfassungsmäßigen Trennung von Rechtsprechung und Verwaltung zuwiderlaufen.¹⁹⁾

4. Ex-tunc-Wirkung der Bescheidaufhebung

§ 41 Abs 3 VwGG sieht vor, dass mit Aufhebung eines angefochtenen Bescheids die Rechtssache in die Lage zurücktritt, in der sie vor der Bescheiderlassung war, also das Erkenntnis ex tunc wirkt.²⁰⁾ Der OGH betrachtet diese Ex-tunc-Wirkung auch als eine zivilrechtliche.²¹⁾

2) Kein unverhältnismäßiger Nachteil ist nach VfGH 25. 8. 2008, AW 2008/08/0037, der Entgang von Habenzinsen, die Bemühungen im Zusammenhang mit der Rückforderung des geleisteten Geldbetrags oder der Verlust von Liquidität.
3) VfGH B 1547/98, VfSlg 15.259; VfGH B 470/05, VfSlg 17.519.
4) VfGH 21. 10. 1998, AW 98/08/0063.
5) VfGH 17. 6. 1997, AW 97/08/0018.
6) Von der früheren Jud, nach der bei Erreichen einer absoluten Grenze ein unverhältnismäßiger Nachteil jedenfalls immanent war und bloß behauptet werden musste, sind der VfGH (zB VfGH 10. 8. 2011, AW 2011/17/0028) und inzwischen auch der VfGH (VfGH 25. 8. 2011, B 862/11, mit Verweis auf VfGH 10. 8. 2007, B 1462/07) abgerückt.
7) VfGH 28. 4. 2005, AW 2005/15/0001.
8) Im Zusammenhang mit Art 137 B-VG nur VfGH A 15/08, VfSlg 18.898.
9) ZB § 205a BAO.
10) ZB EuGH 19. 7. 2012, Rs C-591/10 (*Littlewoods Retail Ltd*), ecolex 2012/376, für unter Verstoß gegen das Unionsrecht erhobene Steuerbeträge.
11) Bei fehlenden Sondernormen hat nach *Kerschner* (Bereicherung im öffentlichen Recht [1983] 101) allgemein ein bereicherungsrechtlicher Ausgleich rechtsgrundloser Vermögensverschiebungen stattzufinden.
12) *Ziehensack*, AHG (2011) § 1 Rz 1078.
13) VfGH 9. 9. 2013, 2011/17/0187. Der Erstautor war am Verfahren als Vertreter der Beschwerdeführerin beteiligt.
14) Dabei werden Aktivposten eines Structured Investment Vehicle veräußert, um die Verbindlichkeiten ihrer Rangordnung entsprechend zurückzuführen.

15) VfGH 10. 9. 2010, 2010/17/0084.

16) *Grabenwarter*, Das Zivilrecht in der Judikatur des VfGH, in FS 200 Jahre ABGB (2011) 1512 ff.

17) VfSlg 8.812, 12.020; VfGH A 14/97, VfSlg 16.036.

18) *Mayer*, B-VG⁴ Art 137 II.2.

19) ZB OGH 3 Ob 624/77, SZ 51/161.

20) VfGH B 1536/97, VfSlg 15.669; der VfGH zieht diese Bestimmung analog für die Wirkung seiner eigenen Entscheidung heran.

21) OGH 29 1998, 5 Ob 231/98a.

5. Bereicherungsrecht²²⁾

5.1. Der unredliche Bereicherte

Das Bereicherungsrecht unterscheidet gem § 1437 ABGB zwischen redlichem und unredlichem Empfänger einer bezahlten Nichtschuld (Bereicherter). Je nachdem, ob der Bereicherte vom Irrtum des Gebers gewusst hat oder ihn aus den Umständen vermuten musste, ist er unredlich bzw redlich.

Dem redlichen Besitzer stehen gem § 330 ABGB alle Früchte (Zinsen) und eingehobenen Nutzungen zu, sofern sie während des ruhigen Besitzes schon fällig gewesen sind. Anderes gilt, sofern der Empfänger der Leistung einer Nichtschuld unredlich ist, wobei fraglich ist, ob leichte Fahrlässigkeit oder erst grobe Fahrlässigkeit im Zusammenhang mit dem Irrtum des Gebers oder im Zusammenhang mit der Vermutung aus den Umständen vorliegen muss oder nicht.²³⁾

Bemerkenswert ist, dass gem § 338 ABGB auch ein redlicher Besitzer, der durch richterlichen Ausspruch zur Zurückstellung der Sache verurteilt wird, für die Zeit ab der Klagszustellung wie ein unredlicher Besitzer zu behandeln ist.²⁴⁾ Da es uE keinen Grund gibt, zwischen einer zivilgerichtlichen Entscheidung und einem Erkenntnis des VfGH zu differenzieren, ist § 338 ABGB analog anwendbar und der Bund als unredlich zu behandeln.

5.2. Der redliche Bereicherte bei einseitiger Leistung

Nach der stRp des OGH²⁵⁾ gibt es Leistungskonditionen, auf welche die Begünstigung des redlichen Besitzers gem § 330 ABGB nicht passt. Dies ist so in jenen Fällen, in denen kein Ausgleich dafür geschaffen werden muss, dass ein Preis ohne Anspruch auf Ersatz herausgegeben werden muss. Der OGH differenziert zwischen Fällen, in denen ein vermeintlicher (nicht wahrer) Gläubiger keine Gegenleistung erhalten hat, und Fällen, in denen ein entgeltliches Rechtsgeschäft von beiden Parteien erfüllt worden ist und nun rückabgewickelt wird. Der Bereicherte, der keine Gegenleistung erbracht hat, verliert bei einer Verpflichtung zur Herausgabe der Früchte auch im Fall seiner Redlichkeit im wirtschaftlichen Ergebnis nichts. Eine Gleichstellung mit einem redlichen Besitzer des § 330 ABGB, der den Kaufpreis vom Veräußerer der Sache (oft) nicht zurückerhalten kann, ist in diesem Fall nicht gerechtfertigt. Erbringen jedoch beide Parteien eine Leistung, gelangen sie sogleich in den Genuss der Früchte der Gegenleistung. Hier soll keine strenge Rückverrechnung der gezogenen Früchte und Nutzungen stattfinden; der Einfachheit halber wird aufgrund des subjektiven Äquivalents bei synallagmatischen Vertragsverhältnissen angenommen, dass sich die Früchte gegenseitig aufheben.²⁶⁾

Nahe kommt dem gegenständlichen Fall eine Entscheidung²⁷⁾ zu einem Kläger, der wegen eines nicht rechtskräftigen Ersturteils präventiv die Zahlung getätigt hat, um Verzugszinsen zu sparen, aber letztendlich doch obsiegte. Da der Zahlung keine

Gegenleistung des Beklagten gegenübergestanden ist, waren auch die Nutzungen (der Vergütungszins)²⁸⁾ herauszugeben.

Die Herausgabe (oder Nichtherausgabe) gezogener Früchte und Nutzungen könnte nach Ansicht des OGH auch aus anderen Gründen als einem synallagmatischen Vertragsverhältnis unbillig sein, etwa aus sozialen Überlegungen.²⁹⁾ Der OGH hat dies jedoch nur im Rahmen eines obiter dictum ausgeführt und noch keine Entscheidung in diese Richtung getroffen.

In einer vermeintlichen „Ausreißerentscheidung“³⁰⁾ entschied der OGH, dass ein Empfänger einer Sache nach seinem guten Glauben zu behandeln sei, solange anzunehmen sei, dass er nicht habe wissen oder erkennen können, dass er die Sache wieder zurückzustellen habe. Mangels Unredlichkeit seien Zinsen für die Zeit vor dem Wegfall des Rechtsgrunds der Zahlung keinesfalls zu vergüten. Das Urteil ist jedoch lediglich dürftig begründet und wird erst durch Nachschlagen der Verweise³¹⁾ klar. Es ging um die Klage eines Elektrizitätsunternehmens gegen eine Verteilernetzbetreiberin, in welcher die Klägerin Entgelt samt Vergütungszinsen zurückforderte, nachdem der VfGH die Systemnutzungstarife-Verordnungen als verfassungswidrig aufgehoben hat. Da ein synallagmatisches Vertragsverhältnis vorliegt, wird die Äquivalenz der Gegenleistungen angenommen.

Bemerkenswert ist, dass der VfGH im Rahmen einer anderen Klage zwischen Elektrizitätsunternehmen und Verteilernetzbetreiberin bereits einmal mit der Vergütungszinsenproblematik konfrontiert war, aber (aufgrund des synallagmatischen Verhältnisses richtig) nur Verzugszinsen gewährte und die Bereicherungsthematik nicht ansprach.³²⁾ In früheren Erkenntnissen (zu Bescheidbeschwerden) hat der VfGH jedoch bereits Vergütungszinsen mit bereicherungsrechtlichem Charakter bejaht.³³⁾

5.3. Höhe des Anspruchs

Der OGH³⁴⁾ nimmt bei einer wegen mangelnden Rechtsgrundes zurückzuerstattenden Geldsumme im Rahmen seiner stRp die Höhe der gesetzlichen Zinsen von 4 % als Nutzungen (Vergütungszinsen) an, mehr gesteht der OGH nur bei böser Absicht oder auffälliger Sorglosigkeit des Bereicherten zu.³⁵⁾ Auch der VfGH zieht für die Höhe der Vergütungszinsen die gesetzlichen Zinsen heran.³⁶⁾

Es gibt von dieser Rsp abweichende Meinungen: Die Höhe des Benutzungsentgelts richtet sich nach *Graf* nach dem Zinsfuß, zu dem der Bereicherte Kredit aufnehmen kann, denn nur in dieser Höhe habe er sich etwas erspart und nur in dieser Höhe ist er daher bereichert. Hat der Bereicherte den Geldbetrag auf ein Sparbuch gelegt, wird er regelmäßig die Zinsen herauszugeben haben.³⁷⁾ Nach *Mader* sind tatsächlich erlangte Zinsen zu zahlen, wenn der Schuldner das Geld zinsbringend angelegt hat. Für *Mader* berücksichtigt die Rsp zu wenig, dass ein konkreter Nutzen eingetreten

22) Auf den Titel der Amtshaftung und ggf sondergesetzlicher Anspruchsgrundlagen wurde in diesem Beitrag nicht eingegangen.

23) *Eccher in Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB³ § 326 Rz 1.

24) *Grüblinger in Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ § 338 Rz 1.

25) ZB OGH 15. 1. 1987, 7 Ob 672/86; 24. 4. 1991, 9 ObA 42/91; 22. 4. 1997, 4 Ob 84/97z; 21. 11. 2006, 4 Ob 149/06z; 4 Ob 46/13p, Zak 2013/358.

26) OGH 15. 1. 1987, 7 Ob 672/86.

27) OGH 24. 4. 1991, 9 ObA 42/91.

28) Dieser Begriff setzt sich ab der Entscheidung OGH 4 Ob 584/87, JBl 1990, 350, für Zinsen aus Bereicherungen durch.

29) OGH 15. 1. 1987, 7 Ob 672/86.

30) OGH 28. 11. 2012, 4 Ob 126/12a.

31) Insb RIS-Justiz RS0010214.

32) VfGH A 15/08, VfSlg 18.898.

33) ZB VfGH G 85/93, VfSlg 13.796; VfGH B 2307/97, VfSlg 15.125.

34) ZB OGH 24. 4. 1991, 9 ObA 42/91, oder zuletzt 7. 4. 2013, 4 Ob 46/13p.

35) OGH 22. 4. 1997, 4 Ob 84/97z.

36) ZB VfGH 20. 6. 1994, G 85/93.

37) *Graf*, Zinsen, Bereicherung und Verjährung. Überlegungen aus Anlass der Entscheidung des OGH 4 Ob 584/87, JBl 1990, 350.

ist, zB die Ersparnis von Darlehenszinsen.³⁸⁾ Auch nach der älteren Judikatur konnte der bloße Besitz eines Betrages, der nicht fruchtbringend angelegt oder verwendet wurde, nicht als Vorteil angesehen werden, und es war nötig, die Berei-

38) Mader in *Schwimmann*, ABGB³ § 1437 Rz 13.

cherung des Empfängers zu behaupten und zu beweisen.³⁹⁾ Tatsächlich entsprechen diese Meinungen der Systematik des Bereicherungsrechts, nach der die tatsächliche Bereicherung herauszugeben ist, besser.

39) OGH 15. 1. 1987, 7 Ob 672/86 mwN.

Foto Fellner Wratzfeld und Partner
Rechtsanwälte GmbH



Der Autor:

MMag. Dr. Markus Fellner ist Rechtsanwalt und Partner bei Fellner Wratzfeld & Partner Rechtsanwälte GmbH (fwp). Schwerpunkte seiner Tätigkeit sind Banking & Finance, Corporate M&A, Restrukturierungen. Markus Fellner ist Autor zahlreicher Fachpublikationen und regelmäßig Vortragender in den Bereichen Banking & Finance und Gesellschaftsrecht.

Kontakt: Markus.FELLNER@fwp.at

Der Autor:

MMag. Thomas Breuss ist Rechtsanwaltsanwärter der Fellner Wratzfeld & Partner Rechtsanwälte GmbH (fwp). Schwerpunkte seiner Tätigkeit sind bankenrechtliches und kapitalmarktrechtliches Aufsichtsrecht und Verfahrensrecht. Thomas Breuss ist Autor mehrerer Fachpublikationen.

Kontakt: Thomas.BREUSS@fwp.at



Foto Fellner Wratzfeld und Partner
Rechtsanwälte GmbH

MMag. Dr. Florian Steinhart
Wien

■ RdW 2013/702, 715

Angemessenheit des Ausgabepreises bei Kapitalerhöhungen

Aus Anlass einer aktuellen OGH-Entscheidung befasst sich dieser Beitrag mit dem Thema der Angemessenheit des Ausgabepreises bei Kapitalerhöhungen. Insb wird untersucht, ob auch bei Kapitalerhöhungen ohne Bezugsrechtsausschluss die Festsetzung eines angemessenen Ausgabepreises erforderlich ist, wenn sich die Anteilsinhaber über die Kapitalerhöhung nicht einig sind.

1. Einleitung

Völlig unbestritten ist, dass Kapitalerhöhungen bei einer GmbH oder AG, in deren Rahmen das Bezugsrecht einzelner oder aller Anteilsinhaber ausgeschlossen wird, nur unter Festsetzung eines angemessenen Ausgabepreises beschlossen werden dürfen. Dies bezweckt in erster Linie den Schutz der vom Bezugsrechtsausschluss betroffenen Anteilsinhaber vor einer zwangsweisen Verwässerung des inneren Werts ihrer Anteile (wirtschaftliche Verwässerung).¹⁾

Die Frage, ob auch im Fall der Gewährung des Bezugsrechts an sämtliche Anteilsinhaber ein angemessener Ausgabepreis festzusetzen ist, wenn sich diese über die Kapitalerhöhung nicht einig sind, ist allerdings noch nicht abschließend geklärt. Vor dem Hintergrund einer aktuellen Entscheidung des OGH,²⁾ in welcher sich der OGH erstmals mit dieser Thematik auseinandersetzt, widmet sich der vorliegende Beitrag dieser Frage. Darüber hinaus wird untersucht, welche Anforderungen an die Bewertung der Angemessenheit des Ausgabepreises zu stellen sind, und ob hier möglicherweise, je nachdem, ob das Bezugsrecht ausgeschlossen wurde oder nicht, eine differenzierte Betrachtungsweise geboten erscheint.

Da die Interessenlage bei AG und GmbH in Bezug auf die in diesem Beitrag untersuchten Fragestellungen weitestgehend gleich gelagert ist, sind die folgenden Ausführungen sowohl auf die AG als auch auf die GmbH anwendbar. Auf Besonderheiten (bspw für börsennotierte AGs) wird an geeigneter Stelle hingewiesen.

Im Anschluss wird vorerst die recht eindeutige Rechtslage zur Frage des Erfordernisses eines angemessenen Ausgabepreises bei Vorliegen eines Bezugsrechtsausschlusses kurz erläutert.

2. Angemessenheit des Ausgabepreises bei Bezugsrechtsausschluss

Vorrangiger Zweck des gesetzlichen Bezugsrechts gem § 52 Abs 3 GmbHG bzw § 153 AktG ist es, die Anteilsinhaber im Zuge von Kapitalerhöhungen sowohl vor einer prozentuellen Verwässerung ihrer Beteiligungsquote (und damit verbunden ihrer Stimmrechte) als auch vor einer Verwässerung des wirtschaftlichen Werts ihrer Anteile zu schützen.³⁾ Unter bestimmten Voraussetzungen kann das Bezugsrecht allerdings – gänzlich oder zum Teil – ausgeschlossen werden. Ein solcher Ausschluss kann entweder im Gesellschaftsvertrag (nur bei der GmbH) oder im Kapitalerhöhungsbeschluss (bei GmbH und AG) erfolgen.⁴⁾

1) Vgl für die GmbH zB *Ettmayer/Ratka* in *Straube* (Hrsg), GmbHG (Stand Loseblattsammlung: August 2009) § 52 Rz 80 f mwN; für die AG zB *Nagele/Lux* in *Jabornegg/Strasser*, Kommentar zum AktG⁵ (2010) § 153 Rz 39 mwN; OGH RIS-Justiz RS0060549.
2) OGH 19. 12. 2012, 6 Ob 155/12f, GesRZ 2013, 160.

3) Vgl zB *Ettmayer/Ratka* in *Straube*, GmbHG § 52 Rz 42; *Winner* in *Doralt/Novotny/Kals*, Kommentar zum Aktiengesetz² (2012) § 153 Rz 1.
4) ZB *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ (2007) § 52 Rz 12 ff; *Nagele/Lux* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 153 Rz 22 ff.