

Rechtspanorama

ZORNIGE ANWÄLTE

In Wien kämpfen 250 Advokaten gegen den Überwachungsstaat. **Seite 8**

SEITE 7 /// MONTAG, 8. FEBRUAR 2010 /// DIEPRESSE.COM/RECHTSPANORAMA

Gericht als gefährlicher Gesetzgeber

OBERSTER GERICHTSHOF. In einzelnen Entscheidungen verlässt das Höchstgericht den gesicherten Boden der Auslegung von Gesetzen. Das kann zu ungewollten Folgen führen. Ein Appell zu richterlicher Zurückhaltung.

VON HANNS F. HÜGEL

WIEN. Der 11. 11. 1999 ist für Gesellschaftsrechtler ein magisches Datum. Mit der „Faschingsentscheidung“ von diesem Tag verbot der Oberste Gerichtshof (OGH) die Verschmelzung einer Kapitalgesellschaft auf eine andere, wenn diese ein niedrigeres Grund- oder Stammkapital hat. Denn andernfalls könnte die Verschmelzung zum Nachteil der Gläubiger zur Ausschüttung von zuvor gebundenem Kapital führen. Für die überraschte Fachwelt hatte der OGH aber auch Trost parat: Ausnahmsweise ist eine solche Verschmelzung zulässig, wenn die Gesellschafter der übernehmenden Gesellschaft die Ausschüttung durch eine gebundene Rücklage verhindern.

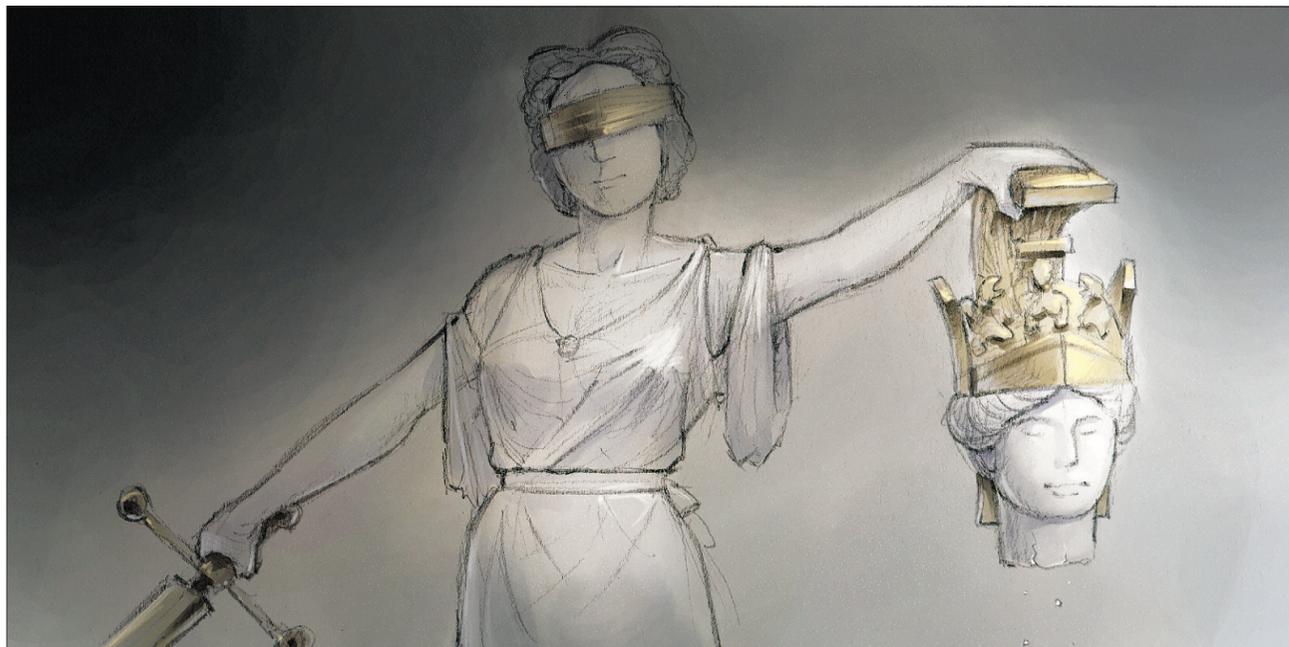
Der Haken an der Sache: Weder das Verbot der Kapitalentsperren noch der Rücklagenbeschluss sind im Gesetz verankert. Da niemand weiß, wie weit der vom OGH kreierte neue Kapitalerhaltungsgrundsatz reicht, verlangen die Firmenbuchgerichte, über denen stets das Damoklesschwert der Amtshaftung hängt, in der Zwischenzeit auch die Aufrechterhaltung gebundener Rücklagen der übertragenden Gesellschaft. Selbst auf Einbringungen wird die Faschingsentscheidung angewandt.

Viele Umgründungen verhindert

Das entstandene Chaos wurde im Aufsatz eines Firmenbuchrichters unter der Überschrift „Hilferuf eines Firmenbuchrichters“ beschrieben. Als das Justizministerium zur Klärung der Rechtslage die Faschingsentscheidung im Aktiengesetz verankern wollte, stellte sich heraus: Nicht jede kapitalherabsetzende Verschmelzung ermöglicht zusätzliche Ausschüttungen. Die Situation ist viel komplizierter: Die bilanziellen Effekte der Verschmelzung hängen wesentlich von der Verschmelzungsrichtung und den konkreten Bilanzbewertungen ab. Weil sie zu weit greift, behindert oder verhindert die OGH-Judikatur zahlreiche sinnvolle Umgründungen.

Am 29. Mai 2008 entschied der OGH, dass das für Aktiengesellschaften und GmbHs geltende Verbot der Einlagenrückgewähr auch auf die GmbH & Co KG anzuwenden ist. Auch das steht nicht im Gesetz. Auch hier rächte sich, dass Folgewirkungen, insbesondere vom juristischen Schrifttum, auf das sich der OGH stützte, nicht genug bedacht wurden: Wie kann künftig das Kapital einer GmbH & Co KG entnommen werden? Müssen jetzt auch die GmbH-rechtlichen Kapitalherabsetzungsvorschriften eingehalten werden? Was ist überhaupt das „Stammkapital einer KG“? Kommt das nur für AG und GmbH geltende Spaltungsgesetz analog auf die GmbH & Co KG zur Anwendung, damit Realteilungen überhaupt möglich sind? Wenn ja, dann hat der OGH im Handstreich aus der GmbH & Co KG eine Kapitalgesellschaft gemacht. Wer die Vorschriften nicht analog anwendet, riskiert die persönliche Haftung.

Im August 2009 demontierte der OGH die Mehrzahl aller Stiftungsbeiräte, weil sie mehrheitlich mit Begünstigten besetzt sind. Kam dies



Justitia und Pallas Athene.

(Illustration: Vinzenz Schüller)

nicht völlig überraschend, hatte doch niemand mit dem nächsten Schlag des OGH gegen die bestehenden Stiftungsorganisationen gerechnet: Im Oktober verkündete er, dass Anwälte von Begünstigten kein Vorstandsmandat übernehmen könnten. Dies dürfte manche, noch mit der August-Entscheidung befasste Stiftung ganz schön ins Schleudern gebracht haben: Wollte sie gerade die Stiftungserklärung ändern, um Nichtbegünstigte in den Beirat aufzunehmen, konnten die laut OGH unwirksam bestellten Stiftungsvorstände dies nicht zur Ein-

„Eine Verschmelzung mit kapitalherabsetzendem Effekt darf den Gläubigerschutz nicht mindern.“

OGH, 6 Ob 4/99b vom 11. 11. 1999

tragung in das Firmenbuch anmelden. Der unzulässige Beirat konnte aber keine neuen (zulässigen) Stiftungsvorstände bestellen. Die dadurch verursachte Handlungsunfähigkeit der meisten Stiftungen soll so manche Transaktion an den Rand des Scheiterns gebracht haben.

„Darf der OGH denn das?“, könnte man in Anlehnung an die berühmte Frage Kaiser Ferdinand des Gütigen zur Revolution von

AUF EINEN BLICK

■ Wenn Gerichte Rechtsfragen anstelle des Gesetzgebers „lösen“, kann es zu unbedachten Folgen und neuen Fragen kommen. Besonders problematisch ist, dass eine neue Judikatur auch Rückwirkung auf bereits bestehende Sachverhalte entfalten kann – eine Folge, die im Fall des Gesetzgebers vom Verfassungsgerichtshof unterbunden werden könnte.

1848 einwenden. Zwar ist die Kompetenz der Gerichte zur Rechtsfortbildung im Grundsatz unbestritten. Allerdings setzt die Überschreitung des Gesetzeswortlauts durch Analogieschluss voraus, dass der Gesetzgeber das Problem nicht bedacht hat. Doch ob eine derartige „planwidrige Unvollständigkeit“ des Gesetzes vorlag, das hat der OGH in keiner der genannten Entscheidungen begründet. Insbesondere bei der Oktober-Entscheidung besteht offenkundig keine Gesetzeslücke.

Handlungsunfähige Stiftungen

Die Verfasser des Privatstiftungsgesetzes hatten sich an den Liechtensteinischen Stiftungen orientiert. Dort sind Berater als Stiftungsvorstände aber gang und gäbe. Dies wurde vom Gesetzgeber somit keineswegs übersehen. Dennoch hat er nicht die nunmehr vom OGH kreierte Unvereinbarkeit im Gesetz verankert. Diese ist auch kontraproduktiv. Zwischen Stifter und Vorstand muss ein Vertrauensverhältnis bestehen. Fremde als Vermögensverwalter sind undenkbar. Somit bleibt nur die Wahl zwischen einem (häufig juristischen) Berater und einem Freund. Interessenkonflikte sind somit durch das Wesen der Stiftung vorprogrammiert.

Es liegt auf der Hand, dass der konfliktgewohnte Jurist, der die Haftungsfolgen einer Gesetzesverletzung aus Gefälligkeit gegenüber dem Stifter besser beurteilen kann als der befreundete Nichtjurist, auch Interessenkonflikte eher zu bewältigen vermag. Die Besetzung der Stiftungsorgane ist durch die OGH-Judikatur schwierig und kostenintensiv geworden: Verlangte das Gesetz von Anfang an drei familienfremde Stiftungsvorstände, müssen seit der August-Entscheidung weitere familienfremde Personen im Stiftungsberrat vertreten sein. Seit der Oktober-Entscheidung ist es kaum mehr möglich, für den Stiftungsvorstand geeignete Personen zu finden. Als Folge der OGH-Judikatur werden Stiftungsprojekte abgeblasen, bei

bestehenden Stiftungen wird die Auflösung überlegt. Nach der Verschlechterung der steuerlichen Rahmenbedingungen wird Österreich zunehmend als unsicherer Stiftungsstandort eingestuft. Auf derart sensiblen Rechtsgebieten ist im internationalen Wettbewerb nichts so wichtig wie Stabilität.

Warum „Gesetzgebung“ durch den OGH häufig danebengeht, liegt auf der Hand: „Normale“ Gesetze werden in Kommissionen ausgearbeitet und zunächst als Entwürfe verschickt. Die Kritik von Professoren, Kammern und

„Die Ratio dieser Bestimmung erfordert, die Unvereinbarkeit auf Vertreter der Begünstigten zu erstrecken.“

OGH, 6 Ob 145/09f vom 16. 10. 2009

anderen Institutionen wird berücksichtigt. Der OGH hingegen führt, anders als die meisten ausländischen Höchstgerichte, nicht einmal mehr Revisionsverhandlungen mit den Parteien des konkreten Rechtsstreits durch.

Gesetzesänderungen müssen die voraussichtlichen Folgen schildern, Gerichte müssen das nicht. Besteht somit einerseits hohe Fehleranfälligkeit, weil Gerichtsverfahren nicht zur Gesetzgebung taugen, sind die Fehlerfolgen andererseits umso drastischer: Anders als (gute) Gesetzestexte ist die Reichweite der auf den Einzelfall bezogenen OGH-Entscheidungen in aller Regel unklar: Gilt der Kapitalherabsetzungsgrundsatz wirklich auch für Rücklagen? Wenn ja, zu welchem Bewertungsstichtag? Sind nur „vertretende“ Rechtsanwälte (und Steuerberater?) oder auch andere Berater des Stifters vom Vorstandsamt ausgenommen? Nach der Oktober-Entscheidung sind auch frühere Vertretungsleistungen für den Stifter hinderlich, bei de-

nen wegen des außergewöhnlichen Umfangs und des bezogenen Honorars der Anschein der Voreingenommenheit entsteht. Dies ist ein extrem unscharfes Kriterium. Müssen Stifter und Anwalt, trotz des Anwaltsgeheimnisses, frühere Vertretungsleistungen offenlegen, wenn die Zulässigkeit einer Vorstandsbestellung zu beurteilen ist?

Hinzu kommt: OGH-Entscheidungen kommen ohne Vorwarnung und treten sofort „in Kraft“. Übergangsfristen fehlen, sodass keine Vorbereitungen möglich sind. Schlimmer noch: OGH-Urteile wirken sogar zurück! Im Lichte der GmbH-&Co-KG-Entscheidungen sind zahlreiche Realteilungen, die in der Vergangenheit durchgeführt wurden, nichtig. Auch die meisten Stiftungsvorstände sind unwirksam bestellt.

Problematische Rückwirkung

Derartig rückwirkende Gesetze wären verfassungswidrig. Doch gegen OGH-Entscheidungen kann keine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof erhoben werden. Der OGH ist nicht nur mächtiger, sondern auch weniger kontrolliert als der Gesetzgeber.

Zwar geht der OGH in seinen Begründungen sorgfältig vor und macht sich die Sache nicht leicht. Er ist aber zu kreativ, und das ist bisweilen gefährlich. Gerade in den USA, wo Recht legitimerweise auch von Gerichten geschaffen wird („Richterrecht“), und die Machtfülle der Gerichte als Bestandteil der „checks and balances“ anerkannt ist, gilt Zurückhaltung („judicial self restraint“) als richterliche Tugend. Auch der OGH hat einmal die Überschreitung des Gesetzeswortlauts mit der Begründung abgelehnt, rechtspolitische Wünsche seien nicht an die Gerichte, sondern an den Gesetzgeber zu adressieren. Doch dies liegt Jahrzehnte zurück.

Univ.-Prof. Dr. Hanns F. Hügel ist Partner bei bpu Hügel Rechtsanwälte und lehrt Unternehmens- und Steuerrecht an der Universität Wien.